

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.342.077 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECDO.(A/S) : -----
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) em face de 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.

O julgamento, que ocorreu na sessão de 2/3/2021, foi assim ementado (e-STJ, fls. 103/109):

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela

podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial’.

1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

1.2 O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: ‘O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!’ (*The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!*) William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, 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. É dizer, 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.

2.1 Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2 A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. 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). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. 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 desconfiância 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.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizameventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

5.1 Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

5.2 Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos – diante da discricionariiedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas – pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local.

5.3 Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercar a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só

justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência – uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio – outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

6.1 Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento ‘deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção (*‘consent, to be valid, ‘must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion’’*). (United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*).

6.2 No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito.

6.3 Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (North Carolina v. Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579).

6.4 Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa – ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção –, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, ‘necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis’ (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO).

6.5 Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial – ao dispor que, ‘[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º’.

7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto,

ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1 Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2 Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas

também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

8.1 As decisões do Poder Judiciário – mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para ‘enriquecer o estoque das regras jurídicas’ (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

8.2 Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada (*‘such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people Against such unauthorized action’*).

8.3 A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e

econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. **Habeas Corpus concedido**, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se **ciência do inteiro teor do acórdão** aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.”

Opostos Embargos de Declaração tanto pelo Ministério Público Federal – MPF (e-STJ, fls. 175/182) como pelo MP/SP (e-STJ, fls. 294/296), ambos foram devidamente contrarrazoados pelo ora recorrido, devidamente assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo - DPE/SP (e-STJ, fls. 371/373 e fls. 366/369).

Através de julgamento realizado em 18/5/2021, ambos os aclaratórios foram rejeitados, também por unanimidade (e-STJ, fls. 434/457), consoante ementa que segue:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADAS RAZÕES). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O Ministério Público Federal, a pretexto de contradições e de obscuridades no acórdão embargado, se insurge, na verdade, contra a própria proposta desenvolvida no

voto em relação a questões subjacentes ao tema do direito à inviolabilidade de domicílio, lançando argumentos que, na verdade, dizem respeito sobre o que ele acha que poderia constar ou não da decisão, circunstância que, evidentemente, não constitui hipótese de cabimento de embargos de declaração.

2. Com o advento da Lei n. 8.950/1994, suprimiu-se a dúvida como defeito do julgado apto a autorizar a oposição de embargos de declaração. Com efeito, a dúvida é um estado de espírito, de natureza subjetiva, que nasce na mente de quem lê uma decisão e a interpreta, mas que não existe objetivamente. Assim, ela não é um defeito que se possa imputar à decisão, de maneira que a simples dúvida de ordem pessoal da parte quanto ao alcance ou à aplicação do julgado – e que não envolve a compreensão do que foi decidido – não é apta a autorizar o manejo deste instrumento processual.

3. Os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento, máxime quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar e justificar a sua decisão, tal como ocorreu no caso.

4. Em relação à atividade policial, o princípio da regularidade dos atos dos poderes públicos é uma máxima sujeita à refutabilidade. A complexa e sofrida realidade social brasileira ineludivelmente sujeita, amiúde, as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado pelo juiz ao realizar o controle posterior das ações policiais. No entanto, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que, ocasionalmente, a ação policial submete pessoas que vivem em condições sociais desfavoráveis a situações abusivas e arbitrárias. Em verdade, se, de um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais efetiva do Estado, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver assegurada a preservação de seus mínimos direitos e garantias constitucionais,

em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por agentes das forças policiais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais dos invasores, de que o local supostamente é um ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali possui drogas e armas armazenadas.

5. O *decisum* recorrido não se propôs a desmerecer, sempre e aprioristicamente, a credibilidade e a autenticidade dos depoimentos prestados por quaisquer pessoas, especialmente quando são servidores públicos; ao contrário, apenas alertou para a necessidade de se ter cautela em hipóteses nas quais a única prova da legalidade da ação estatal é o depoimento exatamente dos agentes públicos cujo procedimento deve ser sindicado pelo exame das circunstâncias autorizadoras do ingresso domiciliar.

6. Embargos de declaração rejeitados.”

No apelo extremo, interposto com amparo no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal, o recorrente defende a existência da repercussão geral do tema, sustentando que o acórdão violou os arts. 5º, XI, 18, *caput*, 32, § 1º, 37, *caput*, e 144, § 7º, todos da CF/88 (e-STJ, fls. 466/473).

Argumenta pela desobediência ao art. 5º, XI, da CF/88, porque a inviolabilidade domiciliar, além de não possuir caráter absoluto, “na hipótese de consentimento do morador, a Constituição Federal não reclama nenhuma formalidade especial, notadamente a gravação audiovisual de tal anuência” (e-STJ, fl. 468).

Aponta que ao criar um requisito não exigido pela Constituição Federal (gravação audiovisual da anuência de entrada no local), o STJ acabou decidindo de modo inconstitucional, em especial quando considerado que, ao julgar o recurso paradigma que deu origem à fixação

do Tema 280 de Repercussão Geral, esta CORTE não impôs a necessidade de tal procedimento.

Acrescenta que houve infringência **(a)** ao princípio da legalidade, já que *“os policiais, enquanto agentes públicos, devem fazer somente o que a lei expressamente lhes impõe, e não existe nenhuma norma jurídica determinando o registro audiovisual das ações que resultem no ingresso de domicílios mediante a anuência do morador”* (e-STJ, fl. 469); bem como **(b)** ao princípio da moralidade, uma vez observado que a legitimidade da atuação de agentes públicos possui presunção relativa (*juris tantum*), por isso, *“o ônus da prova de eventual abuso ou excesso na operação policial compete a quem o alega”* (e-STJ, fl. 470).

Afirma o equívoco da conclusão alcançada pelo acórdão recorrido, que foi pela ilegalidade da atuação de funcionários públicos ligados à segurança pública simplesmente por presumir a culpa deles, no sentido de que houve obtenção arbitrária e forçada do consentimento do morador para ingresso em seu domicílio, circunstância que vai de encontro à redação do art. 5º, LVII, da CF/88, o qual é *“peremptório ao consagrar a presunção de não culpabilidade de toda e qualquer pessoa”* (e-STJ, fl. 470).

Diz, ainda, que *“a tese encampada pelo Superior Tribunal de Justiça em breve poderá resultar na presunção de abuso de autoridade na atuação dos policiais, com a consagração da responsabilidade objetiva, há muito repudiada pelo Direito Penal moderno adotado pelo nosso Estado Democrático de Direito”* (e-STJ, fl. 470).

Defende a existência de ofensa ao pacto federativo e oneração indevida dos entes federados, na medida em que a imposição da citada exigência por parte do Tribunal Superior representa indevida ingerência no Poder Executivo, pois visa concretizar verdadeira política de segurança pública, sendo certo que *“ao determinar a gravação mediante sistema de áudio e vídeo do consentimento do morador pelos policiais responsáveis pela busca e apreensão e/ou prisão em flagrante, impôs às Polícias uma árdua obrigação, não prevista em lei, interferindo indevidamente na organização de tais instituições”* (e-STJ, fl. 471).

Aduz que a manutenção do aresto recorrido além de ensejar a necessidade de aumento do quadro das polícias e de implicar em um risco à saúde e à vida do funcionário público responsável pela gravação da atividade operacional, *“importa em custos e despesas aos orçamentos dos entes*

federativos, pois reclama a aquisição de milhares de aparelhos eletrônicos, cumprindo salientar que os policiais não podem ser compelidos a utilizar seus aparelhos pessoais para o desempenho de função pública” (e-STJ, fl. 472).

Anota que o acórdão recorrido interfere diretamente na organização e no funcionamento das Polícias, em todos os níveis da federação, e nas Guardas Municipais, sendo certo que *“qualquer alteração no sistema atualmente existente, portanto, depende de lei, não podendo ser efetuada por decisão judicial, em respeito ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2.º)” (e-STJ, fl. 473).*

Por fim, pede que o recurso seja conhecido e provido para anular o acórdão recorrido, *“restabelecendo-se os efeitos da decisão colegiada proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da apelação criminal 0020919-64.2017.8.26.0050” (e-STJ, fl. 473).*

Contrarrazões do recorrido pela inadmissão do apelo e, no mérito, pela sua negativa de provimento (e-STJ, fls. 484/499). Na oportunidade, pontuou **(a)** a ilegitimidade recursal do Ministério Público Estadual em sede de *habeas corpus*; **(b)** a existência de repercussão geral já julgada sobre o assunto (Tema 280/STF), cujo acórdão recorrido estaria em plena consonância com o entendimento fixado pela SUPREMA CORTE; **(c)** a incidência do óbice da Súmula 284/STF, pois o recorrente não logrou êxito em demonstrar *“em que sentido a concessão de uma ordem de habeas corpus que garantiu a inviolabilidade do domicílio do paciente pode violar o artigo constitucional que justamente garante a inviolabilidade do mesmo” (e-STJ, fl. 493); (d)* a incidência da Súmula 282/STF, ante a ausência do necessário prequestionamento, já que *“em nenhum momento, o acórdão ora atacado referiu-se aos artigos da Constituição Federal ditos infringidos pela petição do recurso extraordinário, e nem analisou ou enfrentou as supostas violações apontadas” (e-STJ, fl. 494); (e)* a existência de violação meramente reflexa à Constituição, *“visto que o acórdão atacado decidiu a lide com base na legislação*

infraconstitucional, notadamente, artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal” (e-STJ, fl. 495); e **(f)** a incidência da Súmula 279/STF, diante da necessária reanálise fático-probatória, na medida em que a discussão se resume “no sentido de ter ocorrido ou não ilegalidade na invasão de domicílio do paciente” (e-STJ, fl. 495). No mérito, pontuou o acerto do entendimento adotado pelo acórdão recorrido.

O Tribunal *a quo* admitiu o apelo por entender que, da leitura do acórdão recorrido, “há, em princípio, divergência com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema” (e-STJ, fls. 506/517).

Para uma melhor compreensão do caso, registro que se trata, na origem, de denúncia formulada pelo MP/SP contra -----, ora recorrido, protocolizada perante o Juízo da 27ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, em 19/5/2017, imputando-lhe a prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (e-STJ, fls. 15/16). Na oportunidade, foram arroladas pela acusação as pessoas de ----- e -----, ambos policiais que participaram diretamente da ocorrência.

Após o processo ser devidamente instruído, foi proferida, em 15/10/2019, sentença julgando procedente a ação penal para o fim de condenar o ora recorrido à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, que foi substituída pelas penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, além do pagamento de 180 (cento e oitenta) dias multa, cada um no importe de 1/30 avos do salário mínimo vigente (e-STJ, fls. 24/28).

Irresignado, ora recorrido interpôs apelação criminal através da qual pugnou por sua absolvição. Alegou a nulidade da sentença, pois fundada em prova ilícita, decorrente do indevido ingresso dos policiais em residência privada, já que ----- apresentou em juízo versão em sentido oposto, alegando que aqueles invadiram a sua casa. Subsidiariamente, argumentou pela desclassificação de sua conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (e-STJ, fls. 29/36).

Devidamente contrarrazoado pelo MP/SP (e-STJ, fls. 37/45), a apelação defensiva teve seu provimento negado, à unanimidade, pela 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), em

sessão realizada em 29/4/2020 (e-STJ, fls. 46/51), nos termos do voto do relator, que fora assim ementado:

“Tráfico de drogas. Prova ilícita. Ingresso na residência pelos policiais autorizado pelo réu. Preliminar rejeitada.

Tráfico de Drogas - Desclassificação para porte e uso próprio. Inadmissibilidade. Circunstâncias do crime que não deixam dúvidas a respeito do narcotráfico. Condenação mantida.”

Opostos Embargos de Declaração com efeitos infringentes, aduzindo a existência de omissão no acórdão (e-STJ, fls. 52/55), estes foram rejeitados pelo Tribunal estadual, também à unanimidade, em sessão que ocorreu em 30/6/2020 (e-STJ, fls. 56/60).

Contra esse acórdão, o ora recorrido impetrou, perante o STJ, na data de 17/7/2020, *habeas corpus* visando a sua absolvição, fundamentado o pedido na ilicitude das provas, pois teriam decorrido da entrada ilegal em sua residência. Na mesma oportunidade, ainda pleiteou, de forma subsidiária, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de porte de drogas para consumo pessoal (e-STJ, fls. 3/14).

As informações foram devidamente apresentadas pelo Tribunal estadual (e-STJ, fls. 67/86), bem como o parecer do MPF, que foi no sentido do não conhecimento do *writ*, por ser substitutivo de recurso próprio e, no mérito, pela manutenção da decisão vergastada (e-STJ, fl. 94).

Do julgamento dessa ordem, autuada no STJ como HC 598.051/SP, originou-se o acórdão impugnado pela via deste Recurso Extraordinário, **ora em análise** (e-STJ, fls. 103/172).

Após ser remetido a esta CORTE pelo Tribunal Superior (e-STJ, fl. 523), o recurso foi a mim distribuído em 16/9/2021 (eDoc. 230). É o relatório. DECIDO.

Inicialmente, reporto-me ao pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS), veiculado através da Petição STF nº 100991/2021, protocolizada em 18/10/2021 (eDoc. 232).

Alega, em síntese, possuir representatividade inequívoca, na medida em que o tema possui íntima relação com as funções institucionais conferidas ao *Parquet*, e que a matéria é relevante e com amplo potencial de causar repercussão para a prática jurídica, pois impõe obrigação excessivamente onerosa, em termos processual e orçamentário, aos órgãos de segurança pública de todos os Estados da Federação.

Na Jurisdição Constitucional brasileira, o relator poderá admitir a manifestação de órgãos ou de entidades considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda, a repercussão geral da controvérsia e a representatividade dos postulantes.

Na presente hipótese, o requerente preenche os requisitos essenciais e, admitido como *amicus curiae*, sua participação deverá ser a mais ampla possível. Juntamente com as audiências públicas, este instituto é instrumento de democratização e maior legitimidade da atuação deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em sede de Jurisdição Constitucional, tanto concentrada (ADPF 54/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADI 4.357/ED, Rel. Min. LUIZ FUX), quanto difusa (RE 631.053/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 566.349/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), na medida em que concretiza uma maior abertura e pluralidade nas discussões, ensejando a colaboração com pareceres, dados e informações importantes sobre a questão controvertida, bem com acerca dos reflexos de eventual decisão desta SUPREMA CORTE.

Nesse contexto, o deferimento do requerimento é medida que se impõe.

O presente recurso preenche os pressupostos de conhecimento definidos na legislação processual.

Em primeiro lugar, suscita questão constitucional expressamente abordada pelo STJ. Está configurado, portanto, o requisito do prequestionamento.

De outro lado, tem-se que os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

Foi cumprida, no caso, obrigação do recorrente de apresentar, formal e motivadamente, a repercussão geral, demonstrando a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 327, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Com efeito, **(a)** o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e **(b)** a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide.

Tanto é assim que esta SUPREMA CORTE, após se debruçar sobre o assunto em inúmeras oportunidades, fixou, no julgamento do RE 603.616/RO (DJe de 10/5/2016), o Tema 280, fato que, por si só, demonstra a existência da repercussão geral da matéria, e, conseqüentemente, a desnecessidade de eventual análise do caso concreto pelo Plenário da CORTE, uma vez que já analisou as hipóteses e requisitos necessários para o efetivo e integral cumprimento da garantia constitucional prevista no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal.

No que diz respeito à suposta ilegitimidade recursal do Ministério Público Estadual em sede de *habeas corpus*, aventada pelo ora recorrido, tem-se que a tese não merece prosperar.

O entendimento deste TRIBUNAL, há muito tempo, é consolidado no sentido da plena e ampla legitimidade do Ministério Público para recorrer extraordinariamente em sede de *Habeas Corpus*. Essa compreensão decorre, em especial, do julgamento do RE 206.482/SP, a partir do qual o PLENÁRIO DA CORTE concluiu da seguinte maneira:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 911/69. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA RECORRER DA DECISÃO QUE CONCEDE HABEAS-CORPUS.

1. Habeas-corporis. Concessão. Ministério Público. Legitimidade para recorrer da decisão. Precedente.

2. O Decreto-lei 911/69 foi recebido pela nova ordem constitucional e a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não afronta a Carta da República, sendo legítima a prisão civil daquele que descumpre, sem justificativa, ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, nas hipóteses autorizadas por lei. Recurso extraordinário conhecido e provido.”(RE 206.482, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/1998, DJ 05-09-2003 PP-00035 EMENT VOL-02122-04 PP-00661)

No mesmo sentido, RE 250.917/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: NELSON JOBIM, DJ de 14/9/2001 e RE 205.245-ED/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 12/4/2002, ambos da SEGUNDA TURMA e as seguintes decisões monocráticas: AI 747.083/CE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 11/9/2012; ARE 1.276.737/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 6/8/2020; e RE 1.209.720-ED/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 14/8/2019, ficando expressamente registrado, nesta última, que:

“o Ministério Público dispõe de plena legitimidade para recorrer extraordinariamente em sede de ‘habeas corpus’, quer atue como órgão agente, quer officie como órgão interveniente”.

Portanto, não há se falar em ilegitimidade recursal do *Parquet*.

Dessa maneira, estão preenchidos todos os pressupostos legais e constitucionais de admissibilidade.

O preceito constitucional (art. 5º, XI, da CF/88) consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico:

“O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”.

A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal do Estado.

No sentido constitucional, o termo *domicílio* tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente a residência, ou, ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas inclusive, quarto de hotel habitado. Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito.

Como já pacificado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, domicílio, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local

onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público, como é o caso típico dos escritórios profissionais. Como salientado por GIANPAOLO SMANIO, *"aquilo que for destinado especificamente para o exercício da profissão estará dentro da disposição legal"* (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 67).

Dessa forma, a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar abrange todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservaram-se, mediatamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo, pois, como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO,

"a extensão do domicílio ao compartimento habitado e outras moradias, além de locais não abertos ao público no qual exerce a pessoa sua profissão ou atividade, há que ser entendida como um reforço de proteção à intimidade e à privacidade, igualmente exercitadas e merecedoras de tutela em locais não incluídos no rígido conceito 'residência' e domicílio" (HC 106.566/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 19/3/2015).

Os direitos à intimidade e à vida privada – consubstanciados em bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de "casa" – garantem uma salvaguarda ao espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, e contra flagrantes arbitrariedades.

O conteúdo de bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de "casa", cuja proteção constitucional é histórica, se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade (intimidade), e também envolve todos os relacionamentos externos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações sociais e culturais (vida privada).

Não há dúvidas, portanto, que encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, intimidade e vida privada (CF, art. 5º, X) utilizar-se, em desobediência expressa à autorização judicial

ou aos limites de sua atuação, de bens e documentos pessoais apreendidos ilicitamente acarretando injustificado dano à dignidade humana, autorizando a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta e responsabilização penal.

Os direitos à intimidade e vida privada, corolários da inviolabilidade domiciliar, devem ser interpretados de forma mais ampla, em face do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, levando em conta, como salienta PAOLO BARILE as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa (*Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 154), pois como nos ensina ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,

"as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção da prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões" (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128).

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal estabelece específica e restritamente as hipóteses possível de violabilidade domiciliar, para que a "casa" não se transforme em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se pratiquem ou se pretendam ocultar.

Dessa maneira, nos termos do já citado inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda, *durante o dia*, por determinação judicial.

A violabilidade lícita de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, portanto, somente nas estritas hipóteses constitucionais:

(a) DURANTE O DIA:

(a.1) flagrante delito;

(a.2) desastre;

(a.3) para prestar socorro;

(a.4) determinação judicial.

(b) PERÍODO NOTURNO:

(b.1) flagrante delito;

(b.2) desastre;

(b.3) para prestar socorro.

Dessa maneira, salvo situações absolutamente excepcionais (flagrante delito, desastre, para prestar socorro), tanto de dia, quanto à noite; o texto constitucional somente estabeleceu a previsão da cláusula de reserva jurisdicional para o período diurno, consagrando, portanto, uma maior proteção durante o descanso noturno, no sentido de garantir total efetividade a essa tradicional garantia fundamental.

O alcance interpretativo do inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal foi definido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na análise do RE 603.616/RO (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/5/2016, Tema 280 de Repercussão Geral), a partir, exatamente, das premissas da **excepcionalidade e necessidade de eficácia total da garantia fundamental**; tendo sido estabelecida a seguinte TESE:

“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.”

O paradigma, consagrando a excepcionalidade das hipóteses e a necessidade de eficácia total da garantia fundamental, consignou ser lícita a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo em período noturno, desde que existam fundadas razões, justificadas *a posteriori*, que indiquem a ocorrência de flagrante delito.

O entendimento adotado por essa SUPREMA CORTE impõe que os agentes estatais baseiem suas ações, em tais casos, motivadamente e na presença de elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante.

Aplicando o Tema 280 de Repercussão Geral, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar detidamente o material que instruiu o caso concreto, entendeu que a entrada em domicílio foi ilegítima, não havendo elementos que permitissem concluir pela efetiva anuência do morador para ingresso dos policiais em sua residência, como constou na Ementa do julgado:

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

(...)

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

Ocorre, entretanto, que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, após aplicar o Tema 280 de Repercussão Geral dessa SUPREMA CORTE, foi mais longe, não só transformando o presente *habeas corpus* individual em um *habeas corpus* coletivo, como também estabelecendo requisitos constitucionalmente inexistentes e determinando em abstrato e com efeitos vinculantes e *erga omnes* a todos os órgãos da administração de segurança pública do País – estaduais, distrital e federal – verdadeira obrigação de fazer inexistente na Constituição Federal e na legislação, como se verifica nos itens 7.2, 12 e 13 da Ementa do referido julgado:

“7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

(...)

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e consequente absolvição do paciente, dando-se **ciência do inteiro teor do acórdão** aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do

teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.”

Nesse ponto, não agiu com o costumeiro acerto o Superior Tribunal de Justiça, pois acrescentou requisitos inexistentes no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, desrespeitando, dessa maneira, os parâmetros definidos no Tema 280 de Repercussão Geral por essa SUPREMA CORTE.

A decisão, portanto, não merece prosperar.

Em primeiro lugar, porque, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Em *Habeas Corpus* é necessária a indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.

A propósito, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, em comentário ao referido art. 654 do CPP, destaca que “*se forem muitos os pacientes, todos eles não de ser mencionados, não se tolerando generalizações. Ressalta, ainda, que a petição deve, pois, conter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre violência, suas causas, sua ilegalidade*” (Código de processo penal brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 275).

Nessa linha de consideração, a jurisprudência predominante neste TRIBUNAL exige que na exordial do *writ* sejam apontados, entre outros requisitos, todas as autoridades coatoras e os respectivos pacientes (HC 119.753, Relator Min. LUIZ FUX, decisão monocrática, DJe de 3/3/2017; HC 133.267-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 2/6/2016, trânsito em julgado em 21/3/2017; HC 143.704-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática, DJe de 2/6/2017, trânsito em julgado em 21/3/2017; HC 135.169, Rel. Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática, DJe de 24/8/2016, trânsito em julgado em 9/9/2016; HC 81.348, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão monocrática, DJ de 10/10/2001, trânsito em julgado em 15/10/2001).

Essa posição, que tem a seu favor a clara dicção do art. 654, § 1º, "a", do Código de Processo Penal, é sustentada por clássicos como BENTO DE FARIA (Código de Processo Penal, vol. 2, p. 381) e ESPÍNOLA FILHO (Código de Processo Penal brasileiro anotado, v. VII, p. 216), bem como por autores modernos, tais como GUILHERME NUCCI (Código de Processo Penal Comentado, 16a. ed., Gen/Forense, 2017, p. 1445, anotação 47 ao art. 654).

No caso em análise, conforme visto, o *Habeas Corpus* foi impetrado **em 17/7/2020 e, unicamente, em favor de -----**, ora recorrido, oportunidade em que postulou a sua absolvição em relação à imputação relativa ao crime de tráfico de drogas em decorrência da suposta ilicitude das provas, sob o argumento central de que a busca realizada pelos policiais militares em sua residência foi abusiva e ilegal.

Reitero, nesse contexto, que também é exigível a **específica** demonstração de constrangimento ilegal que implique **coação ou iminência direta** de coação à liberdade de ir e vir de **cada paciente**.

Em resumo, no caso em exame, é facilmente perceptível a total ausência da indicação individualizada e pormenorizada do específico

constrangimento ilegal a que cada um dos *potenciais pacientes* (cujos nomes e qualificação sequer podem ser discriminados) estariam submetidos, motivo pelo qual não há se falar na possibilidade do alcance coletivo nos autos do *Habeas Corpus*.

A natureza desse específico recurso constitucional não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica, o que dirá que as decisões nele proferidas possuam alcance indiscriminado a todos os processos envolvendo a necessidade de busca domiciliar em caso de flagrante delito, ainda mais com a determinação de implantação obrigatória de medidas não previstas em lei e que são atinentes à organização administrativa e orçamentárias dos órgãos de segurança pública das unidades federativas.

Não bastasse isso, em segundo lugar, na presente hipótese, o Tribunal da Cidadania extrapolou sua competência jurisdicional, pois sua decisão, não só desrespeitou os requisitos constitucionais previstos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, restringindo as exceções à inviolabilidade domiciliar, como também, **inovando em matéria constitucional**, criou uma nova exigência – gravação audiovisual da anuência de entrada no local – para a plena efetividade dessa garantia individual, desrespeitando o decidido por essa SUPREMA CORTE no **Tema 280 de Repercussão Geral**

Em que pese a boa vontade e a sólida fundamentação em defesa dos direitos e garantias fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça inovou no exercício de sua função jurisdicional, acrescentando ao inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal um requisito não previsto pelo legislador constituinte originário.

O cenário estabelecido não se revelava apto a legitimar a prestação jurisdicional deferida pelo STJ no sentido de fazer executar determinada

atividade pública, já que, repise-se, “*não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial a atribuição de formular e de implementar políticas públicas* (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra*), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo” (RE 1.165.054/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 9/11/2018), pois, do contrário, a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo estaria, evidentemente, desorganizando a implementação de medidas que possuem natureza de políticas públicas.

Ao impor uma específica e determinada obrigação à Administração Pública, não prevista no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça não observou os preceitos básicos definidos no artigo 2º do texto maior, que consagram a independência e harmonia entre os Poderes e garantem que, no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade (RE 636.686-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RE 480.107-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009).

Como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Nesse sentido, os seguintes precedentes, de minha relatoria: ADI 6.533/DF, Tribunal Pleno, DJe de 27/4/2021; ARE 1.270.751 AgR, Primeira Turma, DJe de 2/10/2020; ADI 6.025/DF, Tribunal Pleno, DJe de 26/6/2020. E ainda as seguintes decisões monocráticas, também de minha relatoria: ARE 1.314.117/RJ, DJe de 11/11/2021; ARE 1.231.030/PR, DJe de 7/10/2019; ARE 1.216.835/SE, DJe de 1º/7/2019; ARE 1.203.820/SP, DJe de 21/5/2019; e ARE 1.182.036/SE, DJe de 13/2/2019.

Para tanto, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (WILLIAM BONDY.

The Separation of Governmental Powers. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. Os Poderes do Presidente da República. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o parti pris de Montesquieu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal – separação dos poderes (independência) e sistema de freios e contrapesos (harmonia) –, por mais louvável que seja a implementação judicial de medidas impostas ao gestor da coisa pública, a fim de se evitar a fricção entre os poderes republicanos, a intromissão há de ser afastada dentro de um contexto fático normativo operado pela regra e não pela exceção, essa evidenciada quando os órgãos

estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, assinala nosso sempre decano, o eminente Ministro CELSO DE MELLO (ARE 1.170.694/AC, DJe de 7/11/2018).

O presente *habeas corpus* não é apto a legitimar a prestação jurisdicional determinada no sentido de fazer executar determinadas políticas públicas não exigíveis pelo inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, inclusive, conforme – repita-se – entendeu essa SUPREMA CORTE no julgamento do Tema 280 de Repercussão Geral, que estabeleceu os parâmetros constitucionais da plena efetividade da garantia fundamental da inviolabilidade domiciliar.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – como intérprete maior da Constituição Federal –, ao definir o real alcance da proteção prevista no inciso XI, do artigo 5º – com efeitos *erga omnes* e vinculantes – não pode permitir, como destaquei no julgamento da ADI 5.526, que seu texto seja como o *TESTE DE RORSCHACH*, popularmente conhecido como o teste do *Borrão de Tinta*, que consiste em dar respostas sobre manchas simétricas que aparecem em dez pranchas, sendo as respostas, invariavelmente, diversas e refletindo o estado psicológico de cada examinado.

A Constituição Federal é fruto do Poder Constituinte originário, que em 5 de outubro de 1988 foi promulgada após longos debates, ampla participação popular e o resgate do Estado Democrático de Direito.

A diferenciação e limitação entre interpretação, ativismo judicial e inventividade do juiz são realizadas tanto pela Suprema Corte norte-americana quanto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelas próprias cortes na França e na Bélgica, sempre no sentido de manter-se o equilíbrio entre o legislador e o Judiciário.

Nessas hipóteses, como defendido pelo brilhante JUSTICE BENJAMIN CARDOSO, em 1921, há a necessidade de as *excentricidades dos juízes se equilibrarem*.

Como lembra FRANÇOIS RIGAUX, encontra-se essa diferenciação no voto do JUSTICE FRANKFURTER, em *Denis v. United States*, e, sobretudo, no voto dissidente do mesmo juiz em *Textile Workers Union v. Alabama*:

“nele Frankfurt acusa o voto majoritário de ter concebido um código de relações de trabalho unicamente deduzido da invenção judicial”.

Confrontado com o mesmo dilema, o Tribunal Constitucional Federal alemão recorreu a um subterfúgio para fixar limites à *inventividade do juiz*, afirmando que uma lei unívoca não dá azo à interpretação judiciária.

Na França e na Bélgica, a jurisdição constitucional distingue de sua própria função o denominado *“poder de apreciação”* (subjetivismos), que cabe apenas às assembleias legislativas eleitas (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 326/327).

O perigo de confundir a *“interpretação constitucional”* e mesmo o *“ativismo judicial”* com a *“inventividade”* ou *“excentricidade judicial”* já fora alertado por JOHN LOCKE, em sua grandiosa obra *Dois tratados sobre o governo civil*, quando afirmou que:

“quem coloca sua própria vontade no lugar das leis, que são a vontade da sociedade expressa pelo legislativo, acaba por alterar o legislativo, e todo aquele que introduzir novas leis sem ter sido autorizado pela escolha fundamental da sociedade e dessa maneira, ou subverte as antigas, renega e derruba o poder pelo qual foram elaboradas e, desse modo, estabelece um novo Legislativo” (Martins Fontes: São Paulo: 1998. p.574-575).

Nesse mesmo sentido, como salientado pelo eminente professor americano de ciência política e estudioso da CORTE SUPREMA, JOSEPH M. BESSETTE,

“A Constituição, parece, não é meramente o que a Corte Suprema diz que ela é e nem mesmo o que cada geração de norte-americanos diz que ela é. É também um conjunto de instituições

políticas que incorpora em sua estrutura e em seu funcionamento princípios duradouros de governo popular são [sadio]" (*Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no*

Governo Republicano. In: R. GOLDWIN, W. SCHAMBRA, *A Constituição Norte-Americana. Capitalismo/Democracia*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1986, p. 306).

A interpretação judicial, inclusive construtiva, deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, uma vez que,

“a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria” (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 83).

Essa limitação independe de se tratar de qualquer dos três ramos de poder do Estado; repito inclusive o Poder Judiciário, pois o Estado de Direito trouxe o equilíbrio entre os poderes e a vitória da racionalidade e juridicidade sobre a ideia da mera vingança emotiva, populista e imediata, exigindo-se o devido processo legal, com seus princípios corolário da ampla defesa e contraditório, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, entre eles, como na presente hipótese, a observância da inviolabilidade domiciliar.

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e partidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006,

“inovação excessiva e aventuras judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito.” (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p. 24).

Nas palavras de LORD WOOLF, da Câmara dos Lordes Inglesa, é essencial que os juízes tenham consciência disso, pois:

“o exame judicial é questão de equilíbrio entre os direitos do indivíduo e a necessidade de que ele seja tratado com justiça, e os direitos do governo tanto local quanto nacional de fazer aquilo para o que foram eleitos, a uma decisão muito sensível e política a ser tomada” (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011, p. 249).

Obviamente, ninguém ousa mais afirmar hoje que o juiz é apenas “*a boca da lei*”, sem poder exercer sua essencial função de ampla revisão judicial, mas com a necessidade de expressar suas limitações, para que o Poder Judiciário não se transforme em “*pura legislação*”, inclusive derogatória de normas constitucionais (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 71), como na presente hipótese o inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal.

Na presente hipótese, apesar de ter alegado que “*ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também*

formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares”, o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, pois criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir que, “além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”.

Assim atuando, o Superior Tribunal de Justiça tornou conflituosa a relação entre o juiz e o legislador e desrespeitou, no exercício da interpretação, uma importante expressão restritiva do poder dos juízes enunciada pelo JUSTICE HOLMES, em 1917:

"os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas se nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas"
(*Southern Pacific Co. v. Jensen*, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917).

Incabível, portanto, na presente hipótese e em sede de *habeas corpus* individual, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo o aparelhamento de suas polícias, assim como o treinamento de seu efetivo e a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em que pese inexistir tais requisitos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa SUPREMA CORTE.

Diante de todo o exposto, em face do decidido no Tema 280 de Repercussão Geral, CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO E ANULAR O ACÓRDÃO RECORRIDO tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação (itens 7,1, 7.2, 8, 12,

e 13 da Ementa); MANTENDO, entretanto, a CONCESSÃO DA ORDEM para absolver o paciente, em virtude da anulação das provas decorrentes do ingresso desautorizado em seu domicílio.

Nos termos dos artigos 21, XVIII, e 323, § 3º, do Regimento Interno do STF c/c o art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, DEFIRO O PEDIDO DE INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE* requerido pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul no presente recurso.

Ciência à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2021.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente