

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.447.374 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : JORGE VILAMAIOR DOS SANTOS
ADV.(A/S) : JOAO VICTOR SOUZA CYRINO

DECISÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça o qual, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão monocrática da lavra do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR que deu provimento ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da violação de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato (Ação Penal n. 0003673- 84.2021.8.12.0800), revogando-se a custódia preventiva do ora recorrente, salvo se por outras razões estiver detido (Doc. 40, fl. 5).

O acórdão foi resumido na seguinte ementa (Doc. 48, fl. 1):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA OBTIDA NA DILIGÊNCIA (BUSCA DOMICILIAR). PROCEDÊNCIA. INGRESSO EM DOMICÍLIO COM BASE APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA E NA FUGA DO PACIENTE, SEM INVESTIGAÇÃO PRÉVIA OU CONTEXTO FÁTICO APTO A SUBSIDIAR CONVICÇÃO OU MESMO A FUNDADA SUSPEITA DA PRÁTICA DE PERMANENTE NO LOCAL. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA E DAQUELAS QUE DELA DERIVARAM. REVOGAÇÃO DA PRISÃO.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que deu provimento ao recurso em habeas corpus.
2. Hipótese em que a ação policial não foi legitimada pela

RE 1447374 / MS

existência de fundadas razões - justa causa - para a entrada desautorizada no domicílio do recorrente, uma vez que os policiais adentraram a referida residência a partir de denúncia anônima, não havendo indicação de nenhuma diligência prévia apta a evidenciar elementos mais robustos da ocorrência do tráfico naquele endereço.

3. Agravo regimental improvido”.

No RE (Doc. 52), interposto com amparo no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alega que o acórdão, ao confirmar decisão que declarou a ilicitude das provas colhidas no domicílio do recorrido, violou o art. 5º, XI, da CF/1988, bem como o Tema 280 da repercussão geral.

Alega que o tráfico de drogas é crime de natureza permanente, de forma que a situação de flagrância perdura enquanto durar a permanência, *o que autoriza a entrada dos policiais no imóvel, sem mandado judicial, desde que presentes fundadas razões (justa causa) acerca da ocorrência de crime em momento anterior à invasão do domicílio* (Doc. 52, fl. 9).

Nessa linha, aduz que na situação concreta havia *fundadas razões para justificar o ingresso dos policiais na residência do recorrido, eis que fundada em notícia de crime permanente, de forma que, não seria razoável exigir dos policiais que, tendo fundadas razões para suspeitar da ocorrência do delito (de natureza permanente), aguardassem os trâmites para um requerimento judicial* (Doc. 52, fl. 9).

Em contrarrazões (Doc. 61), a defesa de JORGE VILAMAIOR DOS SANTOS alega que a análise do RE encontra óbice na Súmula 279 do STF, bem como que a decisão recorrida está em conformidade com a jurisprudência do STF.

Inicialmente, o RE teve o seguimento negado por estar em consonância com o Tema 280 da repercussão geral (Doc. 64). Todavia, interposto Agravo Interno (Doc. 66), a Vice-Presidência do Tribunal de origem reconsiderou a decisão agravada e admitiu o recurso, em decisão assim ementada (Doc. 76, fl. 1):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. DENÚNCIA ANÔNIMA E FUGA DO SUSPEITO. ILICITUDE DA DILIGÊNCIA. INVALIDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. APARENTE DISSONÂNCIA COM O TEMA N. 280/STF. TESE CONSIDERADA NO JULGADO RECORRIDO. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO AO ÓRGÃO COLEGIADO. RECURSO ADMITIDO”.

É o relatório. Decido.

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

Em primeiro lugar, suscita questão constitucional expressamente abordada pelo Tribunal de origem. 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.

Passo à análise do mérito.

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 possíveis 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.

RE 1447374 / MS

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.

Ocorre, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto ora sob análise, após aplicar o Tema 280 de Repercussão Geral dessa SUPREMA CORTE, foi mais longe, alegando que não obstante os agentes de segurança pública tenham recebido denúncia anônima acerca do tráfico de drogas no local e o suspeito tenha empreendido fuga para dentro do imóvel ao perceber a presença dos policiais, tais fatos não constituiriam fundamentos hábeis a permitir o ingresso no domicílio do acusado, haja vista que não houve nenhuma diligência investigatória prévia apta a evidenciar elementos mais robustos da ocorrência do tráfico naquele endereço.

A propósito, cito trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ao anular as provas obtidas a partir da busca domiciliar (Doc. 40):

“Embora a parecerista tenha se manifestado dizendo que não há ilegalidade a ser corrigida no presente caso, repito o que afirmei ao deferir a medida liminar.

Ora, apesar de ter sido apreendida expressiva quantidade de entorpecente no interior da residência do recorrente, o próprio Tribunal de origem reconheceu que os indícios da prática do ilícito penal foram somente o nervosismo e a fuga do investigado para o interior do imóvel.

[...]

Percebe-se dos excertos acima transcritos que, na espécie,

a ação policial não foi legitimada pela existência de fundadas razões – justa causa – para a entrada desautorizada no domicílio do recorrente. Pode-se verificar que os **policiais adentraram a dita residência a partir de denúncia anônima, não havendo a indicação de nenhuma diligência investigatória prévia** apta a evidenciar elementos mais robustos da ocorrência do tráfico naquele endereço.

Ora, segundo entendimento desta Corte, 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 (HC n. 598.051/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2021 – grifo nosso).

Ademais, ainda conforme a firme jurisprudência desta Casa, **não se admite que a autoridade policial apenas com base em delação anônima, sem a produção de elementos capazes de evidenciar fundadas suspeitas da prática delitiva, viole o direito constitucional à inviolabilidade do domicílio, conduzindo à ilicitude da prova colhida**, bem como dela derivadas, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal (RHC n. 105.138/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/4/2019).

[...]

Ante o exposto, com base nos precedentes desta Corte, dou provimento ao recurso a fim de reconhecer a nulidade do flagrante em razão da violação de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato (Ação Penal n. 0003673- 84.2021.8.12.0800), revogando-se a custódia preventiva do ora recorrente, salvo se por outras razões estiver detido”.

A Sexta Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA confirmou a decisão supra, em acórdão assim ementado (Doc. 48):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA OBTIDA NA DILIGÊNCIA (BUSCA DOMICILIAR). PROCEDÊNCIA. INGRESSO EM DOMICÍLIO COM BASE APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA E NA FUGA DO PACIENTE, SEM INVESTIGAÇÃO PRÉVIA OU CONTEXTO FÁTICO APTO A SUBSIDIAR CONVICÇÃO OU MESMO A FUNDADA SUSPEITA DA PRÁTICA DE PERMANENTE NO LOCAL. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA E DAQUELAS QUE DELA DERIVARAM. REVOGAÇÃO DA PRISÃO.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que deu provimento ao recurso em habeas corpus.

2. Hipótese em que a ação policial não foi legitimada pela existência de fundadas razões - justa causa - para a entrada desautorizada no domicílio do recorrente, uma vez que os policiais adentraram a referida residência a partir de denúncia anônima, **não havendo indicação de nenhuma diligência prévia apta a evidenciar elementos mais robustos da ocorrência do tráfico naquele endereço.**

3. Agravo regimental improvido”.

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.

Na presente hipótese, o Tribunal da Cidadania extrapolou sua competência jurisdicional, pois sua decisão, não só desrespeitou os

RE 1447374 / MS

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 - **diligência investigatória prévia** - 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 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 Tribunal de origem 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

RE 1447374 / MS

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*

RE 1447374 / MS

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 o eminente Ministro CELSO DE MELLO (ARE 1.170.694/AC, DJe de 7/11/2018).

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

RE 1447374 / MS

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).

RE 1447374 / MS

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

RE 1447374 / MS

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 apartidário, 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.

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

RE 1447374 / MS

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, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo 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.

O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito.

Essa é a orientação que vem sendo adotada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em julgados recentes (HC 201.874 AgR/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 30/06/2021; HC 202.040 MC/RS, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 11/06/2021; RHC 201.112/SC, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 28/05/2021; HC 202.344/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 28/05/2021; RE 1.305.690/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/03/2021; RE 1.170.918/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 03/12/2018), da qual destaco o RHC 181.563/BA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/03/2020, que registrou:

“O crime de tráfico é permanente e, portanto, a busca domiciliar no imóvel não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República. No caso dos autos, há,

ainda, a notícia judicialmente adotada pelo Tribunal de origem de que "...constata-se que agentes policiais, após receberem denúncias sobre a ocorrência de tráfico de drogas, apontando a alcunha e o endereço do recorrente, empreenderam diligências a fim de averiguar o quanto informado e lograram surpreendê-lo com excessiva quantidade de maconha, tendo, posteriormente, com o consentimento do réu, consoante extrai-se do seu próprio interrogatório, dirigido até sua residência, local onde encontraram mais drogas".

No caso concreto, conforme narrado, a existência de justa causa para o ingresso no domicílio ocorreu após os policiais recebem denúncia anônima de que um indivíduo estaria traficando drogas e, ao dirigem-se ao local apontado, abordaram um suspeito que, após avistar a viatura policial, evadiu-se do local empreendendo fuga para o interior do imóvel. Na ocasião, após o ingresso no imóvel, foi encontrada grande quantidade de drogas (mais de 89 Kg de maconha). A propósito, citem-se trechos do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, no julgamento dos Embargos de Declaração (Doc. 9, fl. 4):

“Fazendo uma breve digressão dos fatos, conforme auto de prisão em flagrante, a f. 4 e 11, de ocorrência n. 4314/2021, dos autos de origem de n. 0003673-84.2021.8.12.0800, foi narrado no depoimento policial que, “(...) aproximadamente às 15h40m do dia 18 de abril de 2021, **a guarnição da polícia militar realizava policiamento ostensivo quando foi abordada por um indivíduo, que não se identificou, informando ter visto outro indivíduo em posse de um tablet que aparentava ser de “maconha”.** Imediatamente, a GU-PM foi até o local indicado pelo denunciante e, **ao se aproximar, visualizou um indivíduo que, por ter notado a presença da viatura policial, empreendeu fuga para o interior de sua residência,** oportunidade que os policiais determinaram que o indivíduo parasse, porém este desobedeceu a ordem e continuou a fuga para o fundo do imóvel. Ato contínuo, os Policiais foram ao

encalço do referido indivíduo, logrando êxito em captura-lo **tentando pular o muro no fundo do imóvel**. Entrevistado pelos Policiais, o indivíduo se identificou como sendo JORGE VILAMAIOR DOS SANTOS e confessou possuir grande quantidade de “maconha” no quarto dos fundos do imóvel. **Os policiais procederam à busca no referido imóvel e encontraram cento e nove tablets de substância análoga à “maconha”, os quais foram posteriormente pesados e totalizaram 89.400 gramas. (...)**” (grifos meus)

O embargante, entendendo que ocorreu invasão de domicílio pelos agentes policiais, ingressou com o Habeas Corpus julgado por esta Câmara (Acórdão a f. 118/125), alegando que ouve nulidade diante da ilegalidade da prisão em flagrante.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO, firmou entendimento de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 05/11/2015).

No caso, observa-se que os policiais estavam em patrulhamento quando receberam uma denúncia anônima, que um indivíduo estaria portando tablets 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 em que o mesmo ingressou, onde admitiu que guardava em **depósito grande quantidade de drogas**.

Tais circunstâncias não deixam dúvida quanto à presença de fundadas razões de que naquele local estaria ocorrendo o delito de tráfico de entorpecentes o que autoriza o ingresso

RE 1447374 / MS

forçado dos policiais na residência do denunciado”.

Desse modo, não há qualquer ilegalidade na ação dos policiais militares, pois as fundadas razões para a entrada dos policiais no domicílio foram devidamente justificadas no curso do processo, em correspondência com o entendimento da CORTE no RE 603.616/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/2016.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO para (I) restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que denegou a ordem de *Habeas Corpus*, e (II) restaurar a prisão preventiva a que estava submetido o ora recorrido.

Publique-se.

Brasília, 30 de agosto de 2023.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente