

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Coloca-se em discussão nestes autos a adequada aplicação da tese de repercussão geral, definida pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no Tema 280 (Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão).

Trata-se de Embargos de Divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma desta CORTE, assim ementado: (Doc. 106)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. No julgamento do Tema 280 da repercussão geral, o STF assentou que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, na situação de flagrante delito deve ser amparada por fundadas razões, motivadas a posteriori, sob pena de nulidade dos atos praticados e responsabilidade do agente.

2. A presente controvérsia não destoa do quanto decido no referido tema de repercussão geral, tendo em vista que esta Corte, no julgamento do RE-RG 603.616, assentou só ser lícita a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, quando amparada em fundadas razões, o que não ocorre na espécie, conforme se depreende dos fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido.

3. Esta Corte já teve a oportunidade de assentar que “A CONSTATAÇÃO DO FLAGRANTE POSTERIOR AO INGRESSO NÃO É SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL (TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL)” (RE 1.317.063-AgR, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 26-05-2021).

4. Divergir da conclusão adotada pelo STJ demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, providência incabível na estreita via extraordinária. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.”

Consta dos autos, em síntese que o Relator no Superior Tribunal de

Justiça deu provimento ao recurso especial para “reconhecer a ilicitude da prova e absolver os recorrentes da imputação do crime de tráfico de drogas, restabelecendo os termos da sentença”. (Doc. 35)

Na sequência, o Ministério Público interpôs Agravo Regimental, ao qual a Sexta Turma negou provimento (Doc. 64).

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, ao qual o Ministro EDSON FACHIN negou seguimento (Doc. 93), em decisão confirmada pela Segunda Turma desta CORTE, que, por maioria, negou provimento ao subsequente Agravo Regimental interposto pelo MP (Doc. 103).

O Ministério Público do Estado do Paraná opôs Embargos de Divergência, no qual indica como paradigma o acórdão proferido pela Primeira Turma desta CORTE no julgamento do **RE 1466339 AgR, Rel. Min ALEXANDRE DE MORAES**, Dje 08/01/2024, no qual o recurso ministerial foi provido, sendo reconhecida a licitude das provas decorrentes da violação de domicílio. (Doc. 111)

Nas razões recursais, o MP aduz que “*Tal qual ocorreu no presente caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade das provas obtidas por meio de ingresso domiciliar sem mandado. Houve também, como no caso, a interposição de recurso extraordinário pelo Parquet, sendo que, no julgado apontado como paradigma, o recurso ministerial foi provido, sendo restabelecida a condenação penal do agente.*”

Destaca que “*neste recurso extraordinário prevaleceu o entendimento de que o acórdão recorrido estaria em conformidade com o tema 280 da sistemática da repercussão geral, nos autos do RE 1466339 AgR, onde também houve tentativa de fuga da abordagem policial e posterior apreensão de substâncias entorpecentes, a Primeira Turma do STF reconheceu que “em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, na modalidade ‘guardar’, a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime, como consignado no indigitado RE 603.616, portador do Tema 280 da sistemática da Repercussão Geral do STF.*”

Enfatiza que “*a similitude fática entre o acórdão aqui recorrido e o paradigma apontado, pois em ambos os casos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que não haveria justa causa prévia à entrada forçada em domicílio para prisão em flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de drogas. Contudo, a conclusão final adotada pelas Turmas dessa Suprema Corte foi diversa, pois a Primeira Turma reconheceu que a tentativa de fuga e a posterior apreensão de*

drogas justificariam a entrada forçada em domicílio, por se tratar de flagrante de crime permanente.” (fl. 90).

Aponta, ainda, que, “o contexto fático no qual se deu a entrada em domicílio não destoa da tese de mérito do Tema 280/STF. Não apenas o nervosismo apresentado pelos envolvidos foi que levou a polícia a ingressar em domicílio e apreender drogas. Além de se tratar de local conhecido pelo intenso tráfico de drogas, Stefani arremessou uma bolsa contendo drogas pela janela do carro, Matheus empreendeu fuga pelo córrego e Lucas correu para o interior da residência.”

Por fim, aponta que “Tais circunstâncias incontroversas nos autos justificaram o ingresso em domicílio, sendo confirmada a prática do crime de tráfico de drogas, com a apreensão de grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes – 47 pinos de cocaína, pensando aproximadamente 34g, 2 invólucros contendo pedras de substância análoga ao crack, pesando aproximadamente 8g, 1362 pedras de substância análoga ao crack, pesando 478g, 450g de substância análoga à maconha e 1212 pinos de cocaína, pesando aproximadamente 788g”.

O Min. EDSON FACHIN não conheceu dos Embargos de Divergência, “considerando que não se cuida de dois acórdãos de mérito, nem de dois acórdãos que tenham apreciado o mérito da controvérsia, os embargos de divergência não se revelam cabíveis”. (Doc. 111)

Inconformado, o Ministério Público interpôs Agravo Regimental, no qual alega que “O acórdão embargado e o paradigma versam sobre questão de mérito, consubstanciada na análise dos fundamentos ensejadores da violação de domicílio em caso de flagrância, para se concluir pela observância, ou não, do Tema 280/RG.”

Afirma que “o acórdão embargado aprecia o mérito da controvérsia, para concluir que o acórdão recorrido não destoa do quanto decidido no Tema 280 porque verificou-se a inexistência de fundadas razões para o ingresso domiciliar.”

O Min. EDSON FACHIN nega provimento ao recurso e mantém a decisão por ele proferida, pelos próprios fundamentos.

Em seu voto, destacou que “o acórdão embargado, oriundo da Segunda Turma, não apreciou o mérito da controvérsia. A segunda Turma tão somente entendeu que o acórdão recorrido não destoa do quanto decidido no Tema 280 porque, na instância antecedente - e não no STF -, verificou-se a inexistência de fundadas razões para a invasão domiciliar. Nessa toada, o Colegiado, por sua maioria, registrou que eventual divergência em relação a tal entendimento - (in)existência de fundadas razões - demandaria o reexame de fatos e provas, medida incabível em sede extraordinária..

É o relatório. Decido.

Nos termos do art. 330 do RISTF cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal.

Na espécie, o embargante indicou como paradigma o RE 1466339 AgR, Rel. Min ALEXANDRE DE MORAES, Dje 08/01/2024, fato que viabiliza o prosseguimento do presente recurso, pois atendido o seu pressuposto básico: demonstração da existência de divergência jurisprudencial nesta CORTE sobre o tema em análise nos autos através da indicação de paradigma(s) que comprovem eventual dissenso interpretativo com o acórdão impugnado.

Passo a 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 convivência 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.

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, foi mais longe, alegando que, não obstante os policiais tenham percebido o nervosismo dos recorridos ao perceber a aproximação da viatura policial, sendo que um dos acusados entrou repentinamente em sua residência, tais fatos não constituem fundamentos hábeis a permitir o ingresso em seu domicílio. Assim, entendeu que o ingresso dos policiais no imóvel somente poderia ocorrer após “investigações prévias”, desconsiderando as circunstâncias do caso concreto, quais sejam, apreensão de “10 (dez) pacotes com pinos de

substância análoga à cocaína, pensado aproximadamente 79g (setenta e nove gramas) e 290 (duzentos e noventa) pedras de crack, pesando aproximadamente 116g (cento e dezesseis gramas)''.

A propósito, cito trecho do voto condutor do acórdão do STJ, ao anular as provas obtidas a partir da busca domiciliar (Doc. 64):

Nos termos da decisão agravada, foi verificada a presença de manifesta ilegalidade, porquanto não demonstrada a necessária justa causa, apta a demonstrar a legalidade da abordagem perpetrada, efetuada com suporte no nervosismo dos ocupantes do automóvel.

Não houve a colação de argumentos válidos para justificar o início da busca e apreensão. Da denúncia extrai-se que consta do caderno investigatório que a equipe RONE estava em patrulhamento pelo bairro CIC, mais precisamente pela Vila Barigui, quando deparou-se com um veículo FORD KA, na cor preta, de placas ERU-9302, ocupado por um casal, que demonstrou extremo nervosismo ao avistar a equipe policial (fl. 158 – grifo nosso).

Para a jurisprudência desta Corte Superior, necessária investigação prévia, ainda que breve, ou campana no local para a configuração do imprescindível flagrante a justificar a abordagem.

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 Superior Tribunal de Justiça 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 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 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 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 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 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 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 alcinha 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".

E, no caso dos autos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina quando avistaram os corréus, no interior de um automóvel, realizando manobras em frente a uma residência. Diante do nervosismo

dos ocupantes, os militares decidiram abordá-los, momento em que um deles correu para o interior do imóvel. Após a busca domiciliar, os policiais encontraram *“1362 (mil, trezentos e sessenta e duas) pedras de substância análoga ao crack, pesando 478g (quatrocentos e setenta e oito gramas), 450 (quatrocentos e cinquenta) gramas de substância análoga à maconha e 1212 (mil duzentos e doze) pinos de substância popularmente conhecida como cocaína, pesando aproximadamente 788g (setecentos e oitenta e oito gramas), gramas”*, conforme descrito na denúncia.

Transcrevo o seguinte trecho do acórdão proferido pelo TJPR, que bem descreve a dinâmica dos fatos (Doc. 16):

In casu, consta dos autos que os policiais militares estavam em patrulhamento pelo Bairro CIC, região já conhecida pela prática do delito de tráfico de drogas, momento em que avistaram o acusado já falecido Matheus, juntamente com a acusada STEFANI no interior de um veículo fazendo manobras em frente à residência deles e do ora apelado LUCAS. Na mesma oportunidade, narram os policiais que avistaram o ora apelado LUCAS VINICIUS DE LIMA BUENO em frente à residência.

Consta ainda que ao avistarem a presença da equipe policial os acusados demonstraram certo nervosismo, o que gerou suspeitas e fez com que os policiais dessem voz de abordagem.

Narram os policiais que ao abordarem a apelada STEFANI e o denunciado já falecido Matheus, esta arremessou pela janela, do lado do carona, um porta-moedas, tendo Matheus empreendido fuga, ao passo que ao avistar a cena o ora apelado LUCAS correu para o interior da residência.

Em buscas pelo local os policiais lograram êxito em localizar a bolsa (porta-moedas) arremessada pela apelada STEFANI, a qual continha as substâncias entorpecentes conhecidas como ‘crack’ e ‘cocaína’.

Verifica-se ainda que, após Matheus empreender fuga, sua genitora se aproximou e se apresentou aos policiais, informando ser genitora de Matheus e de LUCAS.

O policial militar Enori de Souza Junior disse que pediu para entrar na residência a fim de averiguar o motivo da fuga, o que foi autorizado. Narrou ainda, que nos fundos da residência foram encontradas substâncias entorpecentes.

No mesmo sentido foi a narrativa do policial militar Frederico Augusto Cancilieri Seeman, o qual acrescentou que

realizaram buscas em duas casas e nas duas lograram êxito em localizar entorpecentes.

Assim, verifica-se que não houve uma “descoberta” casuística da prática delitiva após a entrada no imóvel. A justificativa para o ingresso na residência (justa causa) preexistiu à execução do ato.

[...]

E essa constatação é relevante, na medida em que se perfilha à interpretação da matéria conferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julg. em 05/11/2015, sob o rito da repercussão geral):

[...]

Ademais, em que pese a negativa por parte da Sra. Roseli no que se refere a autorização das buscas, verifica-se que consta dos autos, mais especificamente junto ao mov. 1.4 da ação penal, uma autorização de busca domiciliar assinada pelo companheiro da Sra. Roseli, inclusive tendo a mesma assinado como testemunha junto com o apelado Lucas Vinicius de Lima.

Neste ponto vale ressaltar que não é crível a versão de que os policiais não falaram do que se tratava referido documento, eis que, conforme supramencionado, e ainda, três pessoas assinaram o documento pelo fato da versão narrada pela Sra. Roseli ser completamente destoante das narrativas dos policiais militares, os quais narraram de forma uníssonos que a Sra. Roseli se apresentou na frente das residências (localizadas no mesmo terreno) e ainda teria autorizado as buscas.

[...]

Indubitável, pois, a legitimidade da ação policial, motivo pelo qual, deve ser reformada a sentença para fins de afastar a nulidade nela reconhecida.

Ainda, o crime de tráfico de entorpecentes é considerado crime permanente, cabendo não somente a prisão em flagrante do agente, como também justifica a entrada em seu domicílio.

Assim, em sendo reconhecida a legalidade das provas produzidas, passo a análise dos pleitos condenatórios.

Registro, por relevante, que no julgamento ora embargado o Ministro NUNES MARQUES divergiu do Relator e enfatizou que *“a ótica revelada pelo Superior Tribunal de Justiça diverge da firmada por esta Corte Suprema, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 603.616, ministro Gilmar Mendes, piloto do Tema n. 280.”* Apontou, ainda, que:

[...] A mera leitura do acórdão questionado – no qual consignado que os policiais “avistaram o acusado já falecido Matheus, juntamente com a acusada STEFANI no interior de um veículo fazendo manobras em frente à residência deles e do ora apelado LUCAS” e que “a apelada STEFANI [...] arremessou pela janela, do lado do carona, um porta-moedas, tendo Matheus empreendido fuga, ao passo que ao avistar a cena o ora apelado LUCAS correu para o interior da residência” –, demonstra, de forma segura, a caracterização da justa causa para o ingresso em domicílio. Desnecessário, portanto, o revolvimento fático-probatório, o que afasta a incidência do enunciado n. 279 da Súmula desta Corte.

Consta dos autos, como fato incontroverso, reconhecido pelas instâncias ordinárias, que: (i) os policiais realizavam patrulhamento de rotina em região já conhecida pela prática do delito de tráfico de drogas; (ii) ao avistarem a presença da equipe policial os acusados demonstraram certo nervosismo; **(iii) ao abordarem a agravada STEFANI e o denunciado Matheus (já falecido), a primeira arremessou pela janela, do lado do carona, um porta-moedas, tendo Matheus empreendido fuga;** (iv) o corréu LUCAS, ao avistar a cena, correu para o interior da residência.

Esse entendimento está alinhado ao precedente apontado como paradigma (RE 1466339 AgR, Rel. Min ALEXANDRE DE MORAES, Dje 08/01/2024), no qual a Primeira Turma desta CORTE considerou válida a busca e apreensão domiciliar de acordo com as premissas fixadas no Tema 280 da repercussão geral.

No mesmo sentido, a conclusão da Primeira Turma desta CORTE, que, no julgamento do RE 1.468.558 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dje 03/12/2024, assentou a validade da revista pessoal e do subsequente ingresso domiciliar realizados por Guardas Municipais em situação de flagrante pela prática de tráfico de drogas. O acórdão foi resumido na seguinte ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. INGRESSO NO DOMICÍLIO DO RECORRENTE. CRIME PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE

JUSTA CAUSA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - CASO EM EXAME

1. Agravo Regimental interposto contra decisão por meio da qual dei provimento ao Recurso Extraordinário para reconhecer a legalidade da prisão em flagrante do recorrido e das provas dela decorrentes, determinando, por consequência, o prosseguimento do processo nº 1501370-30.2022.8.26.0628, do Juízo da Vara Única da Comarca de Embu-Guaçu/SP.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Ausência dos pressupostos para conhecimento do Recurso Extraordinário.

3. Violação genérica às normas constitucionais, ausência de prequestionamento e exame de normas infraconstitucionais e análise do conjunto fático-probatório dos autos.

4. Alegação de que a prisão decorreu do desempenho de atividades investigativas e abordagem ilegal realizada por guardas municipais.

5. Inexistência de fundadas razões para o ingresso em domicílio.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. As Guardas Municipais são previstas constitucionalmente no artigo 144, do Capítulo III, Título V (Da segurança pública), portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, em especial de bens, serviços e instalações do Município.

7. Diferentemente dos policiais integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar, que estão obrigados a realizar a prisão em flagrante, no caso da guarda civil, dá-se a mesma coisa que qualquer do povo. A guarda civil pode - não está obrigada, mas não está proibida - realizar o flagrante delito. Aqui se inverte: ela não está obrigada, mas também não está proibida.

8. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 603.616 (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/5/2016, Tema 280), fixou tese no sentido 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. O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem permear 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, como na hipótese. Precedentes.

9. Os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem são suficientes para demonstrar que a prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais se revelou lícita, sendo as circunstâncias do caso concreto aptas a encerrar qualquer discussão acerca de uma suposta inoccorrência de situação flagrancial.

10. Em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, nas modalidades *trazer consigo* e *ter em depósito*, a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime.

IV. DISPOSITIVO

11. Agravo regimental a que se **nega provimento**.

Registro que esse entendimento foi recentemente reafirmado pelo Plenário desta CORTE, que, por unanimidade, julgou procedentes os Embargos de Divergência opostos nos autos RE 1.491.517 e reconheceu a licitude da atuação dos policiais na abordagem pessoal e no subsequente ingresso no domicílio do réu, pois realizado em conformidade com o decidido por essa SUPREMA CORTE no Tema 280 de Repercussão Geral, cuja tese de julgamento foi assim redigida:

“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.”

No voto condutor do acórdão, assentou a Relatora, Min. CÁRMEN LÚCIA, que, “*sendo permanente o crime de tráfico e havendo fundadas razões para ingresso na residência do embargado, a busca domiciliar nos imóveis, na espécie não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da*

República."

Ora, a jurisprudência desta CORTE registra que "*Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*" (HC 95.015/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 24/4/2009).

Em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, nas modalidades "*guardar*" ou "*ter em depósito*" a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime, como consignado no indigitado RE 603.616, portador do Tema 280 da sistemática da Repercussão Geral do STF.

Logo, essas circunstâncias são suficientes para encerrar qualquer discussão acerca de uma suposta inocorrência de situação flagrancial, pois ficou claro que a entrada no domicílio se amparou em fundadas razões devidamente justificadas no curso do processo, a dispensar a expedição de prévio mandado judicial, tendo sido satisfeitas, portanto, todas as exigências do Tema 280 para fins de validade da prova.

Diante do exposto, com a devida vênia do Ilustre Relator, DOU PROVIMENTO ao Agravo Regimental para julgar PROCEDENTES os Embargos de Divergência, reconhecendo a licitude das provas colhidas a partir da busca e apreensão domiciliar e, por consequência, restabelecer o acórdão condenatório proferido no julgamento da Apelação nº 10000823-78.2022.8.16.0196, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

É como voto.