

HABEAS CORPUS Nº 598.051 - SP (2020/0176244-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM -
SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DE OLIVEIRA FERNANDES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

RODRIGO DE OLIVEIRA FERNANDES alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0020919-64.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi **condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto**, mais multa, com a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006**. Isso porque tinha em depósito e guardava, para fins de comércio, 72 invólucros plásticos de **maconha**, pesando, ao todo, **109,9 gramas**.

A defesa aduz, em síntese, a ilicitude das provas que embasaram a condenação do réu, porquanto obtidas por meio de **invasão desautorizada do seu domicílio**.

Para tanto, argumenta: "pontuaram os policiais militares que o paciente teria franqueado voluntariamente o ingresso em sua residência. Porém, objetivamente as regras de experiência comum indicam que o paciente não teve outra opção a não ser autorizar o ingresso dos policiais em sua residência, o que afasta a voluntariedade da permissão de acesso ao local" (fl. 5).

Pondera que "não houve qualquer decisão judicial envolvendo mandado de busca e de apreensão na residência do paciente" (fl. 6) e defende, em acréscimo, que "[n]ão havia qualquer suspeita de que o crime de tráfico de drogas estaria sendo praticado no interior da residência alvo de buscas pelos policiais militares" (fl. 6).

Subsidiariamente, afirma ser devida a desclassificação da conduta imputada ao paciente para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, com base, essencialmente, nos seguintes argumentos: a) a quantidade de substâncias

apreendidas não é incompatível com o consumo pessoal; b) o réu não foi visto vendendo ou entregando drogas para terceiros; c) o próprio Ministério Público se manifestou para que a conduta fosse desclassificada.

Requer a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido. Caso assim não se entenda, pugna pela desclassificação da conduta a ele imputada para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Não houve pedido de liminar e, depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

HABEAS CORPUS Nº 598.051 - SP (2020/0176244-9)

EMENTA

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 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.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente 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 discricionariedade 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 cercear 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 nexos 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.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

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) vol. 1)

I. Contextualização

Informam os autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, com a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Ministério Público assim narrou os fatos em sua inicial acusatória, *in verbis* (fls. 15-16, destaquei):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 17 de março de 2017, por volta de 18:00 horas, na travessa da rua João José de Queiroz [...], nesta capital e comarca, o denunciado tinha em depósito e guardava, para fins de comércio, 72 invólucros plásticos de maconha, pesando 109,9 gramas, tudo descrito no laudo de constatação, conforme fls. do apenso, substância esta que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, o denunciado encontrava-se em atitude suspeita, desviando-se da viatura policial após fitá-la.

Na ocasião, policiais em combate à prática de tráfico de substância entorpecentes decidiram intervir e abordá-lo e na **busca pessoal nada foi encontrado** com ele. **Entretanto, interpelado sobre sua residência, informou estar próximo e franqueou a entrada dos policiais no local.**

No interior da residência, os policiais encontraram dentro do armário da cozinha uma bolsa com 72 invólucros plásticos contendo maconha, ocasião em que ele admitiu a posse para venda.

O Juiz sentenciante afastou a apontada ilicitude das provas obtidas em desfavor do paciente, com base no seguinte argumento (fl. 25):

Primeiramente, afasto a preliminar arguida. Não há prova nenhuma de que o acusado não autorizou a entrada dos policiais, sendo a palavra do acusado contra a palavra de dois agentes públicos.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de origem, que também rechaçou a aventada ilicitude das provas que embasaram a condenação do réu, sob os fundamentos abaixo transcritos (fls. 48-49, grifei):

A preliminar de nulidade da sentença pela utilização de prova ilícita não merece guarida jurisdicional.

Os policiais civis Renan e Marcos Valério, tanto em sede policial quanto em juízo, confirmaram que o apelante autorizou o ingresso na residência onde foram localizadas as drogas apreendidas, sendo que a negativa do apelante quanto a esse aspecto remanesceu escoteira nos autos, porquanto não demonstrados elementos concretos capazes de abalar a versão apresentada pelos policiais, o que afasta a ilegalidade aventada pela defesa.

Nesse sentido, cabe consignar que é pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de conferir credibilidade ao depoimento dos policiais, notadamente quando desconhecem a pessoa do apelante, de sorte que não teriam qualquer interesse na condenação de inocente.

Na sequência, foram opostos embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados. Na ocasião, a Corte estadual reforçou a sua compreensão de que a alegação "de prova ilícita por violação à garantia da

inviolabilidade do domicílio foi devidamente apreciada pelo Acórdão guerreado, que concluiu pela ausência de ilegalidade no ingresso dos policiais na residência, **na medida em que autorizada pelo embargante**, circunstância que dispensa a exibição de mandado de busca e apreensão, consoante entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça" (fl. 58).

Feitos esses registros, passo ao exame do caso e das questões jurídicas que suscita.

II. Delimitação da matéria

A análise a ser desenvolvida neste voto propõe-se a enfrentar questões subjacentes ao tema do direito à inviolabilidade do domicílio, referentes ao caso ora em exame e a casos similares que aportam neste Superior Tribunal, comprometido, por missão constitucional, com a interpretação das leis federais e com sua adequada e uniforme aplicação em todo o território nacional.

As questões que irei expor e às quais pretendo responder no voto, relativas ao exame do caso em debate, são as seguintes:

1. Na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de **standard probatório, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?**

2. **O crime de tráfico** ilícito de entorpecentes, classificado como de natureza permanente, **autoriza sempre o ingresso sem mandado no domicílio** onde supostamente se encontra a droga?

3. O **consentimento** do morador, para validar o ingresso no domicílio e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, sujeita-se a quais **condicionantes de validade?**

4. A **prova dos requisitos de validade do livre consentimento** do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita?

5. Qual a **consequência, para a ação penal, da obtenção de provas** contra o investigado ou réu, com **violação a regras e condições legais e constitucionais** para o ingresso no seu domicílio?

Adianto que **o ponto de maior relevo do voto diz com a questão do consentimento do morador**, ainda carente, segundo penso, de abordagem satisfatória pela jurisprudência.

Decerto que **já há inúmeros precedentes**, do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, sobre o tema do ingresso em domicílio de pessoas suspeitas de práticas criminosas, quase sempre em **situações relacionadas à prática do crime de tráfico de entorpecentes**. Invariavelmente, são situações em que um suspeito, quer por uma denúncia anônima ou um informante, quer por um comportamento indicador de que poderia estar envolvido

na mercancia ilícita de drogas, vê a Polícia Militar ingressar em sua residência (em casos raros, geralmente em decorrência da deflagração de uma operação, o ingresso também é feito pela Polícia Civil ou pela Polícia Federal, hipóteses em que os agentes estatais geralmente estão munidos de mandado de busca e apreensão domiciliar, obtido no curso da investigação criminal).

Quando não identificada justa causa (causa provável, fundadas razões) **para a ação estatal, os Tribunais Superiores têm invalidado as provas** recolhidas no interior de residências devassadas sem autorização judicial. Boa parte dos casos refere-se a situações em que a Polícia, **fazendo ronda nas imediações da residência do conjecturado traficante, ou movida por notícia anônima**, ingressa na morada porque o alvo da diligência, ao avistar a guarnição se aproximando, entra apressadamente em sua casa ou assume uma atitude que, na avaliação subjetiva dos policiais, é considerada suspeita.

Nesse sentido direcionaram-se inúmeros julgados desta Corte: **HC n. 525.266/PR**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., julgado em 24/9/2019, DJe 1º/10/2019; **AgRg no HC n. 483.887/RJ**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., julgado em 17/12/2019, DJe 3/2/2020); **RHC n. 89.853/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., julgado em 18/2/2020, DJe 2/3/2020; **RHC n. 83.501/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 6/3/2018, DJe 5/4/2018; **AgRg no HC n. 585.150/SC**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., julgado em 4/8/2020, DJe 13/8/2020; **HC n. 609.982/RS**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020; **HC n. 609.955/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado em 2/2/2021, DJe 8/2/2021; **RHC n. 134.894/GO**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado em 2/2/2021, DJe 8/2/2021; **AgRg no HC 609.981/RS**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021.

Não se tem externado, porém, particular preocupação em exigir, na investigação iniciada por denúncia anônima, **outros elementos que poderiam conferir maior segurança** ao órgão acusador (Ministério Público) e ao julgador, como, de forma exemplificativa, **os metadados da chamada telefônica da central da Polícia (dia, horário, origem e duração do chamado), ou outras circunstâncias que possam conferir mais credibilidade à licitude do encontro de droga no endereço objeto da denúncia**, de sorte a não macular a própria materialidade delitiva (ROSA, Alexandre Morais da. Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>. Acesso em: 31 ago. 2020).

Sobre o tema, e em abono a tal entendimento, já **antecipo** que, na análise do direito comparado e das práticas judiciais de outros países, nota-se que os tribunais norte-americanos costumam exigir, para considerar **válida e idônea a informação trazida por quem a fornece**, dois requisitos: a) que ao juiz se forneçam dados que expliquem suficientemente **como o informante a obteve**; b)

que ao juiz sejam ofertados elementos que deem **suporte à veracidade e à confiabilidade da informação** (Aguilar v. State of Texas 378 U.S. 108, 1964), ante a corrente avaliação da causa provável da diligência, com base no exame da *totalidade das circunstâncias* (totality-of-the-circumstances) – Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 238 (1983).

III. Standards de Prova para ingresso em domicílio. Fundadas razões (justa causa, causa provável).

O Brasil caminha, posto que ainda lentamente, rumo à adoção da teoria dos standards de prova como meio de fornecer segurança jurídica aos profissionais do direito, na averiguação da hipótese fática e sua comprovação. É dizer, “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: RT, 2019, p. 236).

Há necessidade de diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de standard de prova. E, por óbvio, será muito mais difícil preencher os requisitos do standard probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) do que o exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime.

Despiciendo sublinhar, por oportuno, que toda medida que restringe direitos fundamentais deve ser fundamentada e racionalmente controlável, independentemente do momento processual.

Existe, assim, uma expectativa legítima de que o julgador, especialmente quando venha a restringir direitos fundamentais, atue mediante **parâmetros objetivos de justificação**, dos quais se possa extrair a firme convicção de que a decisão derivou de uma atuação independente, imparcial, justa e racionalmente demonstrável quanto aos recursos mentalmente empregados na argumentação, aos dados fáticos e probatórios considerados e à conformidade do direito aplicável à espécie.

E mesmo quando se trata de outros agentes estatais – como, no caso, de órgãos da segurança pública – **tais critérios legais e axiológicos devem ser considerados**, pois disso dependerá a licitude ou não do afastamento do direito individual sob tutela.

IV. Inviolabilidade de domicílio – direito fundamental

Feita essa introdução, reitero que o caso ora sob julgamento – como inúmeros outros julgados por esta Corte – traz a lume antiga discussão sobre a **legitimidade do procedimento policial** que, após a entrada no interior da residência de determinado indivíduo, **sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial**, logra encontrar e apreender drogas, de sorte a configurar a prática do crime de tráfico de entorpecentes, cujo **caráter permanente autorizaria, segundo antiga linha de pensamento, o ingresso domiciliar**.

O **art. 5º, XI, da Constituição da República** consagrou a regra de 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”.

O texto constitucional estabeleceu, no referido dispositivo, a máxima de que a morada de alguém é seu asilo inviolável, atribuindo-lhe contorno de **direito fundamental vinculado à proteção da vida privada e ao direito à intimidade**. Ao mesmo tempo, previu, em *numerus clausus*, as respectivas exceções, quais sejam: a) se o morador consentir; b) em flagrante delito; c) em caso de desastre; d) para prestar socorro; e) durante o dia, por determinação judicial.

Segundo José Afonso da Silva,

O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. **Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que este asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada.** [...] Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da Justiça, apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime. (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 437, destaquei).

O domicílio é, portanto, “uma **projeção espacial da privacidade e da intimidade**” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2006, p. 208).

Como anotam e Sáez, já no prólogo de obra monográfica, é a morada “un reducto inexpugnable sobre el que el individuo despliega su cotidianidad, es probablemente **el lugar más importante de su vida, su mayor**

tesoro... Por eso es inviolable... Por ello, se ha de garantizar al máximo, que cualquier injerencia o intrusión que se pueda producir esté rodeada de todas las garantías a nuestro alcance para proteger la intimidad y derechos de los moradores" (PAGÈS, J.H. e SÁEZ, R.D. (2020). *Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad de domicilio*. [ebook] Aferre Editor S.L.. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1984208/diligencia-de-entrada-y-registro-e-inviolabilidad-de-domicilio-pdf> - grifei).

Bem observa Ada Pelegrini Grinover, invocando Pietro Nuvolone, que “a intromissão na esfera privada do indivíduo, a pretexto da realização do interesse público, torna-se **cada vez mais penetrante e insidiosa, a ponto de ameaçar dissolvê-lo no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa**” (GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 67).

E essa íntima conexão da **garantia da inviolabilidade do domicílio com a esfera da vida privada e familiar** salientam Mitidiero *et al*,

(...) lhe assegura um lugar de honra na esfera dos assim chamados direitos da integridade pessoal. Já por tal razão não é de se surpreender que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais (MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 401).

Não é por outro motivo que, na gênese da nação norte-americana, se instituiu tal garantia, na **Quarta Emenda** à Constituição dos Estados Unidos da América (1792) – *Fourth Amendment* –, que assim dispôs:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. ("O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e propriedades, contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado será emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação e particularmente descrevendo o lugar a ser procurado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas" – tradução livre).

Por sua vez, a **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica) também prevê a proteção domiciliar, nestes termos:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Em igual sentido o art. 8º da **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

Em verdade, a grande maioria dos povos prevê tal garantia em suas respectivas **Constituições**, como, v.g., a da **Espanha**:

Artigo 18. 2. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Há países, porém, em que a matéria é objeto de regulação pelo **Código de Processo Penal**, como na **França**, onde, com mais detalhamento, exige-se **consentimento expresso** da pessoa em cuja casa se der a operação:

Art. 76. Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment (As buscas, visitas domiciliares e apreensão de objetos ou bens cujo confisco esteja previsto no artigo 131-21 do Código Penal não podem ser realizadas sem o consentimento expresso da pessoa em cuja residência a operação tem lugar. Este assentimento deve ser objeto de declaração escrita pela mão do interessado ou, caso este não possa escrever, deve constar da ata com o seu assentimento – tradução livre).

V. Precedentes e doutrina sobre a necessidade das fundadas razões para o ingresso no domicílio

A jurisprudência e a doutrina pátria entendiam, até recentemente, que, por ser o tráfico de drogas de um crime de natureza permanente, no qual a consumação se protraí no tempo, estaria autorizado o ingresso em domicílio alheio a qualquer momento e sem necessidade de autorização judicial ou consentimento do morador, o que decorria de interpretação literal do permissivo constitucional, que alude a “flagrante delito” entre as hipóteses de ressalva à inviolabilidade domiciliar.

Porém, o **Supremo Tribunal Federal** aperfeiçoou esse entendimento, a partir do julgamento do **RE n. 603.616/RO** (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 5/11/2015, DJe-093), **com repercussão geral previamente reconhecida**. Na oportunidade, o Plenário assentou a seguinte tese, referente ao **Tema 280**: “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” (destaquei).

Confira-se a ementa (grifei):

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. [...]

2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.

3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. **Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.**

4. **Controle judicial a posteriori**. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. **Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio**. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. **A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências**

arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). **O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico.** Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

[...]

Nossa Corte Suprema, em síntese, definiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia ou da noite – quando amparado em **fundadas razões** – na dicção do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal –, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que apontem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Sobre a **delimitação das circunstâncias** que indicariam a existência dessas **fundadas razões**, assinalou o Ministro Relator que, se o policial, ao ouvir “gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência”, pode nela adentrar “**porque tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico**”.

Entretanto, aduziu que:

provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de "informantes policiais" (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

No julgamento desse **RE n. 603.616/RO**, houve importantes manifestações dos julgadores, que revelaram o ponto principal, pano de fundo da causa ali decidida.

Ainda no voto do relator, destacou-se a prática policial de realizar abordagens em pessoas moradoras de "**comunidades em situação de maior vulnerabilidade social**", que são "**especialmente suscetíveis de serem vítimas de ingerências arbitrárias e abusivas em domicílios**". E disse:

Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia. Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação.

O relator trouxe, também, à baila **surpreendente depoimento do ex-Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame.** Confira-se o excerto do voto:

A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida. **As comunidades em situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios.** Ilustrativo, sob esses aspectos, o relato do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, em sua biografia – BELTRAME, José Mariano. *Todo Dia é Segunda-Feira*. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Sextante, 2014. Formato: ePub. Acesso em 04.11.2015. Narra ele que, após a ocupação de favelas cariocas, os policiais faziam buscas nas casas da comunidade, o que levava a prisões de fugitivos e à apreensão de grandes quantidades de armas e drogas escondidas pelos traficantes nos barracos. **Comentando o rescaldo da tomada do Complexo do Alemão, escreveu: “Verificamos praticamente uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos. Só depois de executada essa varredura foi que consideramos a área segura” (posição 1725).** Em seguida, descreve abuso na execução da medida, a prática de “espólio de guerra”, ou seja, furto de bens que guarneciam as residências: “Recebi denúncias consistentes de que houve a prática do espólio de guerra durante a ocupação do Alemão. Alguns moradores se queixaram de que policiais haviam roubado objetos de suas casas durante a varredura. Essa era uma preocupação do comando desde o início, mas, apesar da cautela, houve irregularidades por parte de pequeno grupo, que acabou alvo de investigação” (posição 1752). **RE n. 603.616/RO** (Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, DJe-093)

Sob essa perspectiva fática, salientou, na conclusão do voto, que a **interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir**, mas que já antevia importante avanço na proposta de definição da exigência da justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca domiciliar, de sorte a trazer **mais segurança tanto para os indivíduos** sujeitos a tal medida invasiva **quanto para os policiais**, que deixam 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.

Assim, propôs o relator, em arremate,

seja fixada a interpretação 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.

Na mesma direção se posicionaram outros julgadores, como o Ministro **Lewandowski**, ao assinalar a “**necessidade de se colocar alguma limitação para o ingresso na residência** ou alguma responsabilização para os agentes estatais”, porquanto “**sabemos como as coisas acontecem na vida real**”, ou seja, “**a Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificção qualquer, a posteriori, de forma oral, na delegacia de polícia**”.

Com igual ênfase se posicionou, nesse julgado, o Ministro **Marco Aurélio**, ao provocar a seguinte reflexão:

O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta.

Tais preocupações se potencializam a partir da constatação de que **a maior parte das prisões relativas ao crime de tráfico** de entorpecentes – delito que, sempre é importante destacar, deve merecer prioridade em seu enfrentamento pelos órgãos de segurança pública – **não decorre, no Brasil, de investigações policiais, mas de prisões em flagrante** realizadas no policiamento ostensivo das ruas.

Em verdade, a atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante, como pontua Ademar Borges Filho, conclusão que extrai de pesquisa realizada pelo Ipea em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013. E, em relação ao tema objeto deste *writ*, no caso dos delitos que envolvem tráfico de entorpecentes, **91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial** (BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 47), o que, seguramente, implica o afastamento de direitos fundamentais de pessoas que, por sua condição social e hipossuficiência econômica, habitam moradias nas periferias dos grandes centros urbanos.

Tome-se, como exemplo, o que conclui relatório produzido pela **ONG Redes da Maré**, no qual se destaca que “segundo o padrão dos anos anteriores, a invasão de domicílio foi a violação de direito preponderante em 2018, atingindo 37% das pessoas acolhidas” (Disponível em <https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/BoletimSegPublica2018.final.pdf>. Acesso em: 5/12/2020).

É preciso, neste ponto, enfatizar que, ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, **o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência**. Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência.

Certamente, a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado e da criminalidade violenta exigem postura mais efetiva do Estado. No entanto, **a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes estatais**, sob a única justificativa, extraída de **apreciações pessoais** destes últimos, de que o local supostamente é ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada.

Não se desconhece que a **busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria**. No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em **justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados**.

A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta 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, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

De nenhum modo se pode argumentar que, por serem os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas legalmente equiparados aos hediondos, as forças estatais estariam autorizadas, em relação de meio a fim, a ilegalmente afrontar direitos individuais para a obtenção de resultados satisfatórios no combate ao crime. Em outras palavras, conquanto seja **legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República.**

Essa percepção é antiga e sedimentada na Corte Suprema. Cito, para ilustrar, excerto de voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 79512, julgado no Tribunal Pleno em 16/12/1999 (DJ 16-05-2003, p. 108), onde anotou, com nosso destaque, *in verbis*:

2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, **foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita [...]**

Nesse sentido tem caminhado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, como o seguinte:

[...] 4. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

[...]

8. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

9. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência. 11. Na hipótese sob exame, havia somente vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pela ré, em razão, única e exclusivamente, de informações de que haveria traficância na rua de sua residência - que, aliás, poderia muito bem estar sendo praticada inclusive por outro vizinho ou qualquer outro morador. Não há, contudo, referência à prévia investigação policial para verificar a eventual veracidade das informações recebidas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local.

[...]

13. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pela recorrida, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, isoladamente, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.

[...]

15. Recurso especial não provido. (**REsp n. 1.558.004/RS**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017, grifei).

Mais recentemente, e ainda ao propósito de exemplificar, cite-se os seguintes julgados: **HC n. 499.163/SP**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., julgado em 9/6/2020, DJe 17/6/2020; **REsp n. 1.593.028/RJ**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., julgado em 10/3/2020, DJe 17/3/2020; **REsp n. 1.787.855/MG**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 23/4/2019, DJe 3/5/2019; no mesmo sentido, **HC n. 512.418/RJ**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019; **RHC n. 126.092/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., julgado em 23/6/2020, DJe 30/6/2020; **AgRg no HC n. 483.887/RJ**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., julgado em 17/12/2019, DJe 3/2/2020; **HC n. 494.547/MA**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., julgado em 13/8/2019, DJe 4/10/2019; **HC n. 586.474/SC**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 18/8/2020, DJe 27/8/2020; **HC n. 591.741/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 18/8/2020, DJe 2/9/2020; **HC n. 609.072/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., julgado em 6/10/2020, DJe 15/10/2020; **HC n. 609.982/RS**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020; **HC n. 609.955/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado em 2/2/2021, DJe 8/2/2021; **RHC n. 134.894/GO**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado em 2/2/2021, DJe 8/2/2021; **AgRg no HC 609.981/RS**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021.

Não se há de admitir, portanto, que **a mera constatação** de situação de flagrância, **posterior ao ingresso**, justifique a medida. Ora, se o próprio juiz (um terceiro, neutro e desinteressado) só pode determinar a busca e apreensão durante o dia e, mesmo assim, mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, **não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de avaliação subjetiva e intuitiva**, entrar de maneira forçada na residência de alguém para verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente.

Aliás, releva destacar que os tribunais, em regra, tomam conhecimento dessas ações policiais apenas quando delas resulta a prisão do suspeito, ou seja, quando atingem o fim a que visavam. **O que dizer, então, das incontáveis situações em que agentes do Estado ingressam em domicílio, muitas vezes durante a noite ou a madrugada – com tudo o que isso representa para os moradores da residência – e nada encontram?**

Quem poderá avaliar o constrangimento, o temor, o trauma mesmo que uma ação dessa natureza causará a pessoas – **crianças e idosos, inclusive** – que sofrem tamanha invasão em suas intimidades e tranquilidade, as quais imaginavam e esperavam estar preservadas dentro de seus respectivos lares?

Sobre esse risco de ocorrerem **abusos no ingresso de domicílios** de suspeitos, Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa advertem:

Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas **essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5º da Constituição não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas lotéricas, em que o prêmio – dependente da sorte do jogador – é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor.** Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental. *(Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas. Boletim do IBCCRIM, e 7/6/2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5797/>. Acesso em: 27/2/2021. Destaquei)*

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, **sem o consentimento válido e inequívoco do morador**, ingressar na residência deste, sob pena de, no campo processual, serem consideradas ilícitas as provas obtidas. Vale dizer, a “consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que a prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada irremediavelmente contaminada e ilícita, ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão” (SARLET, Ingo Wolfgang et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461).

O contexto fático, portanto, deve servir de suporte para justificar a ocorrência de uma das situações de flagrante que autorize a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, *quantum satis* e de modo objetivo, as **fundadas razões** que justifiquem o ingresso no domicílio e a eventual prisão em

flagrante do suspeito, as quais, portanto, não derivem de mera desconfiança policial, apoiada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, **não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.**

Pense-se, como explicações para tal comportamento, na situação em que esteja o suspeito com medo de ser vítima de uma arbitrariedade, ou com receio de ser preso por estar sem documentos ou por ostentar um registro criminal em sua folha de antecedentes, ou, ainda, por estar descumprindo alguma medida judicial restritiva (prisão domiciliar, v. g.) etc. **Tais hipóteses**, ou outras a se imaginar, permitiriam a abordagem e até eventualmente a detenção momentânea da pessoa, mas **não justificariam o ingresso em seu domicílio.**

Assim, a menos que se possa inferir a urgência da drástica medida contra a inviolabilidade do domicílio, que afastaria a necessidade da obtenção do mandado judicial, não haverá razão séria para a mitigação dessa garantia constitucional, **mesmo que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência** – circunstância que se mostrará meramente **acidental** –, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

O entendimento de nossa Suprema Corte – e do Superior Tribunal de Justiça – se alinha, portanto, ao que vem decidindo, com detalhamento muito maior, sua homóloga Corte norte-americana, que tem deixado clara sua preferência pelo uso do mandado de buscas (*warrant preference*), de modo a submeter os pedidos de oficiais da Polícia ao escrutínio de um magistrado (*scrutiny of a magistrate*), de forma imparcial e desinteressada (cfe. WEAVER, Russel L. *et al. Principles of criminal procedure*, 2. ed., St. Paul: Thomsom West, 2004, p. 64).

Veja-se o que a Suprema Corte decidiu em Illinois v. Gates, 462, U.S. 213, 238 (1983), no sentido de que, para justificar a emissão de um mandado de busca domiciliar, “o Governo deve estabelecer uma *fair probability* de que os **específicos itens procurados são a prova de uma atividade criminal e que aqueles itens estão presentemente localizados no específico lugar descrito no formulário de mandado de busca**” (WEAVER, Russel L. *et al. op. cit.*, p. 68).

Maior ainda há de ser o rigor na avaliação do ingresso domiciliar **sem mandado judicial**. Ao comentar a legislação espanhola, Iñaki Esparza Leibar anota:

Ningún funcionario de policía podrá efectuar un registro sin la debida orden que lo autorice, excepto se acredita fehacientemente no sólo que existe una **probable causa** que fundamente eventualmente una orden de registro, sin que **también deberá mostrar la existencia de circunstancias urgentes que impiden la obtención de una orden de registro sin grave riesgo de pérdida, daño o destrucción de la evidencia que se pretende**

lograr, en el tiempo que transcurrirá hasta la efectiva obtención de la orden (LEIBAR, *apud* PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 124).

VI. A urgência da intervenção policial, a autorizar a dispensa do mandado judicial

Partindo-se, portanto, da compreensão de que é necessária, para o ingresso domiciliar não autorizado e não consentido, a existência de elementos mínimos (justa causa, fundadas razões, causa provável) que indiquem a prática de crime sendo cometido no interior da residência, **é impositivo delimitar, então, se toda e qualquer situação de crime de tráfico de drogas pode legitimar o sacrifício do direito à inviolabilidade do lar**, por ação de agente de segurança pública.

Para tal delimitação, releva rememorar que o crime de tráfico de drogas, por seu **tipo plurinuclear**, enseja **diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas**, nem mesmo identificadas quanto à respectiva dinâmica delitiva. A título meramente exemplificativo, mencione-se o caso em que determinado indivíduo, **surpreendido** comprovadamente **comercializando certa quantidade de drogas**, empreende **fuga** para o interior de sua residência e, imediatamente, é **perseguido** por policiais, que buscam sua prisão em flagrante delito. Ou a situação em que agentes estatais, realizando campanha defronte a uma casa, **registram o movimento de ingresso e saída de pessoas**, após curto período de permanência, sugerindo o comércio de drogas, em confirmação a notícia anterior recebida. Nessas situações, **há evidências muito consistentes de que um crime está sendo cometido no interior da morada**, que poderia, em tese, justificar a invasão de domicílio.

Todavia, nem sempre o suspeito age de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante. Um exemplo é a simples - e isolada - informação, fornecida por usuário, de que adquire regularmente sua droga na casa de determinado fornecedor, sem que com o usuário tenha sido apreendido entorpecente logo após sua aquisição.

É preciso, nessa última hipótese (e outras similares), ponderar sobre que tipo de ação preventiva, e mediante qual procedimento, se pode autorizar o ingresso no domicílio onde, supostamente, esteja sendo armazenada a droga para fins de comércio ilícito.

Seria, portanto, válido, em algumas situações, dispensar o mandado judicial, ante a perspectiva de que, no intervalo de tempo para a obtenção da ordem, ocorra a **destruição do próprio corpo de delito**. Nada obstante, como tal quadro não é tão corriqueiro, melhor seria termos o trabalho

policial bem feito, primando pela segurança de suas ações e não transigindo com a preservação das liberdades públicas.

Logo, **a autorização judicial é o caminho** a tomar, de sorte a **evitar situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova** e, por sua vez, **ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do(s) agente(s) da segurança pública autor(es) da ilegalidade**, além, é claro, da nulidade – amiúde irreversível – de todo o processo, até mesmo transitado em julgado, com evidente prejuízo não apenas ao Poder Judiciário, mas, especialmente, à sociedade.

Gisela Wanderley, em notável dissertação de mestrado na Universidade de Brasília, com muita acuidade pontuou que:

[A] situação de flagrante delito, em especial nos casos de crimes permanentes, não necessariamente configura uma hipótese de urgência, a qual justificaria o excepcional ingresso na residência a qualquer tempo e sem controle prévio de legalidade. Com efeito, especialmente em virtude da proliferação de tipos penais de perigo abstrato na legislação, diversas situações de flagrante delito não implicam perigo nem mesmo potencial a bem jurídico. Assim, é crucial notar que há crimes cuja situação de flagrância implica situação de urgência e crimes cuja situação de flagrância não implica situação de urgência. Nessa esteira, pode ser particularmente **elucidativo o contraste entre os crimes de sequestro (CP, art. 148) e de posse de entorpecentes em depósito (Lei 11.343/2006, art. 33)**, ambos crimes permanentes passíveis de cometimento em ambiente domiciliar. No primeiro caso (sequestro), o dano ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (liberdade individual) se prolonga ao longo da execução do crime e justifica a entrada imediata no domicílio a fim de cessar a prática delitiva. **No segundo caso (posse de entorpecentes em depósito), não se verifica uma situação de dano, nem de perigo concreto, nem de perigo potencial, configurada pela mera presença de substâncias entorpecentes no interior da residência. Não há situação de urgência**, portanto, que dispense o controle prévio da legalidade da medida. Não por outra razão, **a própria Lei 11.343/2006 (cf. art. 53, II) 9) autoriza o “flagrante diferido” na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, exatamente porque se trata de crime cuja prática não desencadeia situação de dano ou de perigo concreto**. Assim, como a prática delitiva não demanda a sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar dano, permite-se que, **mesmo diante de situação de flagrância, a investigação seja diferida no tempo a fim de angariar elementos de informação mais robustos e abrangentes**. É curioso notar, no ponto, que o flagrante diferido somente pode ser

realizado com a devida autorização judicial prévia, acrescida da oitiva de membro do Ministério Público. Trata-se de importante previsão legal, que **submete o acompanhamento policial diuturno das rotinas dos suspeitos a escrutínio judicial, evitando-se a banalização da devassa da vida privada**, ao arrepio do disposto no inc. X do art. 5.º da CF/1988. **Torna-se evidente, assim, que a situação de flagrância não apenas não constitui hipótese de obrigatoriedade da intervenção policial, como também não constitui hipótese impeditiva do controle judicial de validade da intervenção policial orientado à proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos.** Nesse contexto, é forçoso concluir que a situação de flagrância, diante dos atuais termos da legislação penal e processual penal vigente, não equivale a uma situação de urgência. Ao contrário, **a própria legislação infraconstitucional indica a não coincidência entre flagrância e urgência ao permitir a postergação da prisão em flagrante em casos determinados**, em que a melhor instrumentalização da investigação justifica o retardo na interrupção da prática delitiva. Assim, constata-se que a mera situação de flagrante delito, nos termos em que definida pela legislação infraconstitucional (CPP, art. 302 c/c 303), não é suficiente para justificar a excepcional dispensa de autorização judicial prévia para a prática de busca domiciliar, a qual se restringe apenas aos casos de urgência, nos quais se inviabiliza o controle prévio de validade do ato. No ponto, reitera-se que, em especial nos casos de crimes de perigo abstrato, que ora se disseminam na legislação pátria, a prática delitiva não implica perigo concreto ou dano ao bem jurídico que justifique a intervenção policial imediata. **Assim, não há empecilho a que o policial requeira autorização judicial para a entrada forçada em domicílio.** Nessa trilha, torna-se evidente que **a presunção de urgência nos casos de flagrante delito não pode ser interpretada como absoluta, sob pena de se viabilizar o esvaziamento do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar por meio da legislação penal infraconstitucional.** (*Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24089/3/2017_GiselaAguiarWanderley.pdf. Acesso em: 4/10/2020, destaqueei).

No mesmo sentido, inclusive com similar exemplo, é o pensamento de Celso Delmanto, ao anotar que **o flagrante que autoriza o ingresso domiciliar, sem mandado judicial, é o que traduz uma “verdadeira emergência”**. Confira-se:

Seriam hipóteses, por exemplo, de flagrante de crimes permanentes como a extorsão mediante sequestro, em que há a necessidade de prestar-se socorro imediato à vítima que corre perigo de vida etc., **o que não se verifica em casos de crimes permanentes como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.** [...] Não obstante se possa alegar que esse entendimento poderia obstaculizar a ação policial, **este é o preço que se paga por viver em um Estado Democrático de Direito**, que deve tomar todas as medidas para restringir, ao máximo, a possibilidade de arbítrios e desmandos das autoridades policiais por mais bem intencionadas que possam elas estar. (DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 324, destaquei).

Essa percepção, quanto à **não coincidência entre situação de flagrante delito e situação de emergência**, a dispensar a providência padrão de uma ordem judicial de ingresso no domicílio do suspeito, fora também destacada por Ingo Sarlet, ao pontuar que somente situações que exigem uma **urgente intervenção policial** autorizam o ingresso domiciliar sem mandado:

Nesse diapasão, **a prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio é ilícita**, não necessariamente porque ausente mandado de busca e apreensão, mas sim, porque ausentes, no momento da diligência, mínimos elementos indiciários da ocorrência do delito cujo estado flagrancial se protraí no tempo em face da natureza permanente e, assim, autoriza o ingresso na residência sem que se fale em ilicitude das provas obtidas ou em violação de domicílio. **Acresce que, sendo o perigo na demora vetor decisivo para que o flagrante autorize a entrada no domicílio, nos crimes permanentes a intensidade desta razão diminui, já que, em tese, viável socorrer-se de mandado judicial, diferente da intervenção para evitar-se a consumação de um delito instantâneo, como um homicídio.** (SARLET, Ingo W. *Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>. Acesso em: 4/10/2020, destaquei).

Oportuno, a esse respeito, o alerta quanto à prática de dispensar mandados de busca e apreensão em nome de uma **conjeturada urgência da prova do crime**:

[...] Como entender urgente o que se protraí no tempo? É possível, graças à presença diuturna do judiciário guardião da lei, requerer e ser atendido em pouco tempo, o direito constitucionalmente previsto de entrar em domicílio. **A facilidade do arguir-se urgência é forma espúria de desconhecer direitos, é subterfúgio para o exercício de força, é descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado. Impossível legalizar o ilícito. Deve, nestes crimes chamados permanentes, especificamente por durarem, não se reconhecer a urgência do flagrante próprio**, pois nem se evita sua consumação, nem se impede maiores consequências, e, sobretudo, arrisca-se sequer determinar a autoria, interesse maior nesses casos. **O argumento de urgência deve fundamentar pedido à autoridade judiciária**, inclusive, modos legais de realização (TÔRRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-154).

Vale a menção ao direito norte-americano, em especial a exceção das *exigent circumstances*, que permite as buscas independentemente de mandado judicial, que é a regra, evidentemente, quando se trata de obter prova de crime dentro de um local habitado. Assim, a Suprema Corte autoriza a busca e apreensão domiciliar quando a Polícia, sem mandado, depara com certas circunstâncias, como, por exemplo, **quando se ouvem gritos por ajuda de dentro de um imóvel**. A Corte entende que essas circunstâncias autorizadas do ingresso no domicílio incluem a necessidade de “*assist persons who are seriously injured or threatened with such injury*” (**ajudar pessoas gravemente feridas ou ameaçadas de sofrer tal lesão**), ou a necessidade de intervir “**para prevenir a destruição de provas**”, ou no **curso de perseguição a um criminoso perigoso em fuga (“*dangerous fleeing felon*”)** e **não seja possível, cercando a casa, aguardar o mandado para nela ingressar**. (WEAVER, Russel L. et al. *Principles of criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: Thomson West, 2007).

Nesse sentido, Roxin e Schunemann lembram que

el peligro en la demora debe estar fundado en hechos que se relacionan con el caso concreto. Una presunción que se basa únicamente en la mera intuición criminalística cotidiana, independiente del hecho, no es suficiente. Los funcionarios de la persecución penal deben, en lo esencial, intentar primero dirigirse a un juez competente, antes de emplear su competencia para casos de urgencia (BVerfGE 103, 142, 155) (ROXIN Claus, SCHUNEMANN, Bernd. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Didot, 2019, p 432, destaquei).

É preciso, assim, avaliar, com mais rigor, o ingresso em domicílio alheio com as usuais justificativas de ser urgente a situação porque havia indícios fortes de que existia droga na residência onde se deu a operação e

de que eventual atraso poderia comprometer não apenas a prisão do suspeito como também a apreensão do corpo de delito do crime previsto na Lei Antidrogas.

VII. Avaliação do suposto consentimento do morador para o ingresso policial na residência

Neste ponto reside a questão que, a meu aviso, mais demanda **posição firme dos tribunais pátrios** na análise dos autos de prisão em flagrante decorrentes de ingresso em domicílios pelas polícias.

E é também este o ponto central do voto, i.e., o que propõe nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais.

Isso porque, não há, nem no âmbito normativo, nem na jurisprudência pátria, previsão de **requisitos ou condições a serem observados para minimizar o risco de abusos em buscas domiciliares** – salvo a formal advertência constante do art. 248 do CPP, de que “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência” – **derivadas de suposto flagrante por crime de tráfico de entorpecentes**, na hipótese em que, pelo auto flagrancial, informa-se ter havido autorização do morador ou do próprio suspeito para o ingresso no domicílio.

A jurisprudência, mesmo dos Tribunais Superiores, ainda não firmou clara posição a esse respeito. Aqui no STJ, há precedente de 2017 em que se propõem critérios similares aos adotados pelo Tribunal Supremo da Espanha – conforme mencionarei adiante – para a validação do consentimento do morador (**REsp n. 1.558.004/RS**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017); no Supremo, o pioneiro voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE, já sinaliza essa necessidade de enfrentamento do tema, o qual, todavia, não foi ali desenvolvido porque escapava do objeto da impugnação. Confira-se:

Outra questão não apreciada é a validade do consentimento do morador. As hipóteses concretas podem revelar desdobramentos complexos, seja quanto à prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência. A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal “sob autoridade governamental” (under government authority) ou “sob as cores do uniforme” (under color of office) – respectivamente, casos *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921) e caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948). Já houve algum debate sobre o assunto no HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1999. O tema em julgamento, no entanto, não se presta

a resolver a questão (**RE n. 603.616**, Relator: **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, DJe-093).

Como se nota, **a matéria não foi enfrentada** com desejados vagar e aprofundamento, **o que acaba por perpetuar situações frequentes** – objeto de inúmeros julgados desta Corte – em que a Polícia ingressa em domicílios de moradores da periferia à busca de drogas, armas ou fugitivos, sem fundadas razões a justificar tal excepcional providência.

Essa ausência de definição pelos Tribunais Superiores – visto que a lei nada diz sobre como deve ocorrer o consentimento do morador e como aferir sua validade e voluntariedade – **acaba por permitir a continuação de violações a direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.**

Ainda me valho da pesquisa de Gisela Aguiar – apoiada em trabalhos paralelos de igual temática – que evidencia o componente racial e social **das abordagens policiais em grandes centros urbanos.** Confira-se o seguinte excerto:

Batitucci et al. (2014, p. 14) notam então que a suspeição policial se ampara em dois tipos de indicadores interligados entre si: “características do indivíduo (roupas, atitudes, reação à aproximação da polícia), bem como características relacionadas aos lugares ou territórios (alta criminalidade, grande disponibilidade de alvos, horário, etc.)”. Nenhum dos dois indicadores possui correlação com as condutas criminalizadas ou proibidas na ordem jurídica. Nesse contexto, não há impedimento a critérios preconceituosos para a abordagem, embasada não no “uso da informação investigativa livre de preconceitos”, mas no “consenso de que determinadas características humanas se apresentam incompatíveis com alguns ambientes específicos” (COSTA, 2013, p. 42). [...]

Nesse cenário, **em um país marcado por alta desigualdade social e racial, a construção da suspeita com base em critérios subjetivos e no senso comum tende a se amparar na estigmatização de grupos e tipos marginalizados como potenciais criminosos, cristalizados como tipos ideais de suspeitos. A suspeição repousa assim sobre uma conjunção de fatores subjetivos considerados de risco, tais “como idade, gênero, cor, classe social, geografia, vestimenta, comportamento e situação de policiamento”** (TERRA, 2010, p. 78). **Por isso, as abordagens tendem a voltar-se contra grupos já objetos de exclusão, a qual é então reproduzida pela repressão policial.**

Contudo, ainda que a prática da filtragem racial seja negada entre os interlocutores, muitos dos elementos que compõem a chamada

fundada suspeita remetem a um grupo social específico, caracterizado pela faixa etária, pertença territorial e que exhibe signos de um estilo de vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura “da periferia”. Conforme atestam os depoimentos, a vestimenta e a postura corporal são consideradas indícios empíricos a fundamentar a suspeita policial (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 9). (WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos*. RBCCRIM, v. 135, set. 2017, p. 189-229, destaquei).

A avaliação da douta pesquisadora encontra eco no cotidiano nacional, **que compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos de todos, independentemente de posição social, condições financeiras, profissão, local da moradia, cor ou raça**. Basta, para confirmar essa avaliação, realizar uma breve pesquisa em periódicos ou mídias eletrônicas para se colher inúmeros exemplos de busca domiciliar sem mandado judicial, coincidentemente, **sempre nos bairros periféricos**. Esse fenômeno, que se repete Brasil afora, de norte a sul, de leste a oeste, pode ser ilustrado com os três seguintes casos, veiculados em órgãos de imprensa escrita ou digital.

O **primeiro exemplo** ocorreu em um bairro da zona norte de Recife, onde policiais militares visualizaram, em ronda por um bairro, uma mulher entrando em um veículo de aplicativo com “atitudes suspeitas”. Na abordagem, surpreenderam-na com cocaína e maconha. Como a flagranteada afirmou ter saído da residência de uma pessoa chamada Sara, os policiais empreenderam diligências na propriedade, ocasião em que apreenderam crack e cocaína com outros dois indivíduos. A defesa de Sara – cujo flagrante foi convertido em prisão preventiva, apesar de ser mãe de uma menina de 5 anos de idade e estar grávida em plena pandemia de COVID-19– afirma que ela estava em casa, dormindo, quando a polícia invadiu a residência. (Notícia publicada no Diário de Pernambuco em 22/6/2020. Disponível em <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/06/manifestacao-no-recife-contesta-prisao-de-ativista-por-suspeita-de-tra.html>. Acesso em: 4/10/2020).

O **segundo** caso que se traz a título de exemplificação vem da cidade de São Paulo, onde moradores de um prédio na região do Glicério foram surpreendidos, em plena tarde, por policiais militares da ROTA entrando em apartamentos sem mandado judicial, bem como realizando revistas pessoais aleatórias nos corredores do edifício. A reportagem apurou que a operação começou por volta das 14h, quando a polícia usou um cão farejador para abordar moradores. Um deles – usuário de maconha – relatou que “bateram na porta, eu

abri e eles já colocaram a arma na minha cara, perguntaram se poderiam entrar na minha casa para ver se tinha alguma coisa [drogas]”, salientando, ainda, que “não tinha nem como dizer não ou argumentar”. Segundo a matéria jornalística, o *modus operandi* repetiu-se por inúmeros apartamentos, e algumas pessoas que chegaram no prédio no momento da operação tiveram mochilas e bolsas abertas e revistas pelos policiais [que vestiam toucas ninja] e foram impedidas de usar o elevador, mesmo sendo moradores”. Procurada pela reportagem, a PMSP, em nota, informou que recebeu uma denúncia e, por isso, foi ao local: “Por volta das 15h35 desta sexta-feira (23), recebemos uma denúncia que um suspeito envolvido com tráfico de drogas foi localizado na Rua Helena Zerrenner. Equipes da Rota (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar) e Rocam (Ronda Ostensiva com Apoio de Motocicletas) se deslocaram para averiguação, mas nada foi constatado”. (Matéria veiculada em no site Ponte. Disponível em <https://ponte.org/rota-entra-em-apartamentos-sem-mandado-e-revista-moradores-no-centro-de-sp/>. Acesso em: 4/10/202).

O **terceiro** exemplo ocorreu em uma noite de domingo, por volta das 23h, quando, após o recebimento de várias denúncias acerca da traficância em uma residência no Bairro Cedros, em Camboriú (SC), a Polícia Militar deslocou-se até o endereço, momento em que um menor de idade evadiu-se pelos telhados das residências vizinhas, deixando cair um pote contendo 25 pedras de crack. Após breve perseguição a pé, o adolescente foi apreendido na posse de 2 pedras de crack e R\$ 40,00 em espécie. Imediatamente, a polícia realizou uma varredura na casa em questão, quando abordou uma mulher, em cujo colchão encontrou uma pochete com a quantia de R\$ 316,00 em notas miúdas e três pedras de crack. (Matéria publicada em 6/4/2020, no site Camboriú News. Disponível em <https://camboriu.news/mulher-e-presa-por-traffic-de-drogas-e-corrupcao-de-menores-em-camboriu/>, Acesso em: 4/10/2020).

Os exemplos poderiam ser multiplicados, mas basta que nos reportemos mais uma vez ao que disse, sobre certa operação policial no Complexo do Alemão, o ex-Secretário de Segurança do estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, conforme reproduzido em voto do Ministro Relator do RE 603.616, Gilmar Mendes: **“Verificamos praticamente uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos.”**

VIII. O tratamento do consentimento do morador no Direito Comparado

Em outros países trilhou-se caminho judicial assertivo na definição das hipóteses de autorização para ingresso no domicílio alheio, 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.

Sem dúvida alguma, os **Estados Unidos** nos fornecem mais subsídios para a análise desse tema. Já houve, nos precedentes citados acima (**RE n. 603.616, no STF; REsp n. 1.574.681/RS, DJe 30/5/2017**), alusão a alguns dos casos julgados pela Suprema Corte daquele país, nos quais se assentou a necessidade do exame da causa provável para o ingresso policial em domicílio de suspeitos de crimes. Resta, agora, enfrentar outro ponto dessa temática: a validade do consentimento do morador para a entrada de agentes estatais em sua residência.

De maneira geral, a compreensão da doutrina e da jurisprudência norte-americanas sobre **o consentimento do morador** é a de que, **para ser válido, “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), citing Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965).

Em **Scheneckloth v. Bustamonte**, 412 U.S. 218 (1973), a SCOTUS estabeleceu algumas **orientações sobre o significado do termo “consentimento”**. Decidiu-se que as buscas mediante consentimento do morador (ou, como no caso, do ocupante do automóvel onde se realizou a busca) são permitidas, **“mas o Estado carrega o ônus de provar ‘que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado’”**. O consentimento não é livre quando de alguma forma se percebe uma coação da sua vontade. A Corte indicou que o **teste da “totality of circumstances” deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores relativos ao próprio suspeito** (i.e., se ele é particularmente vulnerável devido à falta de estudos, baixa inteligência, perturbação mental ou intoxicação por drogas ou álcool) e **fatores que sugerem coação** (se estava detido, se os policiais estavam com suas armas à vista, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, ou exercitaram outras formas de sutil coerção), entre outras hipóteses que poderiam interferir no livre assentimento do suspeito (ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. Criminal procedure. *Constitucional limitations*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 139-141).

Como sintetizado por Rachel Karen Laser (Unreasonable Suspicion: Relying on Refusals to Support Terry Stops. The University of Chicago Law Review, v. 62, n. 3 (Summer, 1995), p. 1.161-1.185), “traços subjetivos, incluindo a idade do suspeito, nível de educação, inteligência, a duração da detenção e a natureza do interrogatório são considerados em uma avaliação de voluntariedade da ‘totalidade das circunstâncias’”. (*“Subjective traits, including the suspect's age, education level, intelligence, the length of detention, and the nature of the questioning are all considered in a ‘totality of the circumstances’ assessment of voluntariness.”*)

Em geral, portanto, **“quando um promotor se apoia no consentimento para justificar a legalidade de uma busca, ele tem o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, dado livre e voluntariamente”** (*“when*

a prosecutor seeks to rely upon consent to justify the lawfulness of a search, he has the burden of proving that the consent was, in fact, freely and voluntarily given" (LASER, Rachel Karen, op. cit.).

São as seguintes, portanto, as diretrizes construídas pela Suprema Corte para aferir a validade do ingresso domiciliar por agentes policiais:

1. **Número de policiais:** a presença de vários agentes do lado de fora da residência é um fator intimidante e, portanto, anula a voluntariedade do consentimento (People v. Michael (1955) 45 Cal.2d 751, 754; U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494; U.S. v. Conner (8th Cir. 1997) 127 F.3d 663, 666; State v. Ferrier (Wash. 1998) 960 P.2d 927, 928);

2. **Suspeito cercado de policiais:** é considerado coercitivo que policiais cerquem ou fiquem ao redor do suspeito enquanto buscam consentimento (U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494, fn. 8);

3. **Atitude dos policiais:** a maneira de se apresentar e de buscar o consentimento pode comprometer a validade da busca se o morador é confrontado de tal modo que a Polícia não aceitará um não como resposta à solicitação (EUA v. Tobin (11ª Cir. 1991) 923 F.2d 1506, 1512; Orhorhaghe v. I.N.S (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 495-6; People v. Boyer (1989) 48 Cal.3d 247, 268);

4. **Exigência da busca:** o consentimento é involuntário se tiver sido dado depois que os policiais disseram ou sugeriram que tinham um mandado ou algum outro direito legal de realizar uma busca imediata, ou se disseram que, se não permitissem o ingresso, eles obteriam um mandado (Bumper v. Carolina do Norte (1968) 391 U.S. 543, 550); Lo-Ji Sales, Inc. v. Nova York (1979) 442 U.S. 319, 329; People v. Challoner (1982) 136 Cal.App.3d 779, 781; People v. Baker (1986) 187 Cal.App.3d 562, 564; Pessoas v. Byrd (1974) 38 Cal.App.3d 941, 944; People v. Rugar (1966) 244 Cal.App.2d 292, 298; People v. McClure (1974) 39 Cal.App.3d 64, 69; People v. Ruster (1976) 16 Cal.3d 690, 701; People v. Jenkins (1980) 28 Cal.3d 494, 503, fn.9]; People v. Gurtenstein (1977) 69 Cal.App.3d 441; People v. Ward (1972) 27 Cal.App.3d 218; People v. Goldberg (1984) 161 Cal.App.3d 170, 188);

5. **Ameaças ao suspeito:** o consentimento para entrar ou procurar não será considerado voluntário se resultar da ameaça de um policial de, por exemplo, ser preso se não cooperar (U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1069; Wilson v. Tribunal Superior (1983). Da mesma forma, o consentimento poderá também ser considerado involuntário se o policial disser ao morador que poderia interpretar uma recusa em consentir com a busca como uma confissão (Crofoot v. Tribunal Superior (1981) 121 Cal.App.3d 717);

6. **Hora da diligência:** a presença de policiais fardados e armados na porta da residência é algo em si assustador, especialmente se os ocupantes

estiverem dormindo. Como observou o Tribunal de Apelações dos EUA, a lei reconhece a “vulnerabilidade especial” das pessoas “despertadas à noite por uma invasão da polícia em sua morada”, o que exige ainda maior cautela no exame de sua validade (US v. Jerez (7ª Cir. 1997) 108 F.3d 684, 690; US v. Ravich (2ª Cir. 1970) 421 F.2d 1196, 1201).

Em países europeus também se encontra essa preocupação, embora sem a riqueza jurisprudencial da Corte estadunidense.

Cite-se o exemplo da **Espanha**, em que julgados do seu **Tribunal Supremo** (SSTS. 1803/2002, 261/2006 e 951/2007) interpretaram o **art. 18.2 da Constituição da Espanha** de tal modo a construir um rol de exigências para que se tenha como validamente autorizado o ingresso em domicílio alheio. A proteção constitucional da morada concretiza, assim, o **resguardo da inviolabilidade do lar como âmbito de privacidade**, pela qual **o sujeito é isento e imune a qualquer tipo de invasão a seu espaço por outras pessoas ou autoridades públicas**.

Esse consentimento, “*verdadera fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado*”, decorre do próprio enunciado constitucional, como também do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do art. 8 da Convenção de Roma e do art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Segundo a Corte espanhola, são os seguintes os requisitos a serem considerados para analisar o consentimento autorizado de ingresso no domicílio:

a) **Consentimento por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos;**

b) A outorga do **consentimento deve ser consciente e livre**, a qual exige que: b1) não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) seja precedida da assistência de um defensor, do que constará da diligência policial, na hipótese em que a pessoa estiver presa ou detida (STS 2-12-1998). **Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, consideradas a "intimidação ambiental" e/ou "a coação que a presença dos agentes da atividade representa"** (STS. 831/2000);

c) O consentimento pode ser prestado por **meio oral ou por escrito, porém sempre vertido documentalmente;**

d) **O consentimento deve ser expresso**, não servindo o silêncio como consentimento tácito (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98). Sobre este item, refere o Tribunal Supremo que, embora autorizado o consentimento presumido pelo art. 551 do CPP espanhol, esse dispositivo “*ha de interpretarse*”

restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido mas favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada" (STS 4761/2013);

e) A autorização deve ser dada **pelo titular do domicílio**. A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a propriedade. Em caso de várias pessoas terem seu domicílio no mesmo lugar, não é necessário o consentimento de todos, bastando a anuência de um dos cotitulares, desde que não haja interesses contrapostos (STS. 779/2006);

f) **O consentimento deve ser outorgado para um caso concreto**, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca (STS, sentença de 6 de junho de 2001);

g) São dispensadas as formalidades exigidas no art. 569 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Tribunal Supremo da Espanha - STS 1803/2002, 4/11/2002).

Semelhante entendimento foi ratificado em novas decisões do Tribunal Supremo espanhol (Sentencia nº 953/2010 (Sección 1, Rec. 447/2010), de 27 de octubre de 2010; Sentencia nº 296/2011 (Sección 1, Rec.11021/2010), de 18 de abril de 2011; Sentencia nº 312/2011 (Sección 1, Rec.10626/2010), de 29 de abril de 2011).

Cleunice Pitombo, acerca do tema, enfatiza que a **anuência do morador para o ingresso alheio em seu domicílio “há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita.** A menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatar-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração, ou de ostensiva não-oposição à entrada. **Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume”** (PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 118). E, em nota de rodapé (97), complementa: **“Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o povo miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo”**.

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, **sem o consentimento válido e inequívoco do morador**, ingressar em sua residência, sob pena de, no campo processual, serem consideradas ilícitas as provas obtidas. Vale dizer, a

“consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que a prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada irremediavelmente contaminada e ilícita, **ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão**” (SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461, destaquei).

São, portanto, muitas as variáveis a considerar, e o objetivo dessa enumeração de situações não é apenas o de ilustrar o voto com indicação de precedentes de tribunais estrangeiros, mas o de evidenciar como nós estamos acomodados e deficitários no enfrentamento de um tema que, em nossa realidade, é ainda mais carente de melhor regulamentação ou delimitação quanto ao modo de agir das polícias na execução de buscas domiciliares não autorizadas.

Trago, por oportuno, percuciente avaliação de Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert, em parecer lançado a respeito do caso de um jovem negro da periferia do Rio de Janeiro, que teria sido preso e processado injustamente. Independentemente da veracidade ou não do relato, colaciono alguns trechos do parecer, nos quais se procura demonstrar, por observação empírica e dados coletados por institutos de pesquisa, como não se pode deferir total credibilidade à palavra de policiais militares daquele estado, quando depõem, como testemunhas, em processo criminal instaurado contra pessoa objeto da atuação castrense. Dizem os pareceristas:

No exercício da função pública, portanto, supõe-se que o policial militar atue dentro da legalidade, sendo sua palavra, fundada nos princípios éticos da boa-fé e da probidade, comprometida com a veracidade dos fatos, notadamente em razão de validar importantes atos subsequentes, como indiciamentos, denúncias e decisões judiciais. [...]

Como referido, **é lógico que em situações de normalidade democrática poderia ser presumido que os atos dos poderes encontram-se em harmonia com a Constituição**, sendo, portanto, legítimos, idôneos e verídicos. Assim, o seu afastamento ocorreria nos casos em que haveria prova inequívoca em sentido contrário como, aliás, é o entendimento dogmático majoritário.

No entanto, esta máxima que regula os modelos ideais típicos dos Estados de Direito é invariavelmente confrontada na análise da incidência real dos sistemas penais, isto é, quando colocada a prova no campo das práticas punitivas. Roberto Bergalli (Bergalli, Roberto. *Fallacia Garantista nella Cultura Giuridico Penale di Lingua Ispanicain Gianformaggio*, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 192), a partir da análise empírica da atuação das agências penais, é extremamente perspicaz ao demonstrar que historicamente os sistemas punitivos

não observaram os níveis possíveis de legalidade fixados pelas estruturas normativas. A situação é ainda mais grave na América Latina, local em que a regra é a inobservância dos níveis mínimos de legalidade, ou seja, dos parâmetros que dão as condições de verificabilidade da regularidade dos atos dos poderes públicos (punitivos). [...]

Assim, podemos perceber que se no âmbito dos direitos sociais, p. ex., é crível afirmar que a ação dos poderes públicos é “amiga dos direitos”, tal assertiva não pode ser transposta acriticamente para o campo da intervenção policial. E não há, nessa afirmação, nenhum preconceito contra essa atividade. **Todavia, seria no mínimo ingenuidade, mesmo no plano abstrato e teórico, imaginar que a ação de polícia, que não esporadicamente implica confronto, não seja uma atividade violenta que restrinja e, no limite, viole os direitos individuais.** [...]

A enorme desconfiança da população em relação às práticas policiais decorre da percepção concreta dos tipos e das formas de abordagem realizadas no cotidiano da cidade, sobretudo nos locais de vivência da população mais vulnerável. Importante sublinhar que a conclusão não decorre de um mero exercício de abstração acadêmica – como muitas vezes é adjetivada a crítica à violência policial, com nítida intenção de desqualificar as tentativas de visibilização deste problema real. Com o crescimento do nível de violência por parte da polícia, são cada vez mais frequentes as notícias de abusos praticados pelas instituições militares. (CARVALHO, Salo de. Mariana de; WEIGERT, Assis Brasil e. Agosto de 2017. *Parecer sobre “Depoimentos Policiais e Regras de Experiência no Juízo de Tipicidade dos Crimes dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06: o caso Rafael Braga”*). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/versao-pm-nao-embasar-condenacao-catador-parecer>. Acesso em: 7/10/2020.

IX. Comprovação do consentimento do morador

A par da exigência de um livre consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio, questão de fundamental importância diz com o **registro desse consentimento, para assegurar tanto ao suspeito quanto aos policiais a higidez do procedimento.**

Na **França**, seu Código de Processo Penal **exige o consentimento expresso** da pessoa em cuja casa a visita domiciliar tenha lugar e ele deve ser feito por **declaração escrita à mão pelo interessado** ou, se este não souber escrever, o Código de Processo Penal exige que tal circunstância e o assentimento prestado constem do processo:

CPP, Art. 76. Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment.

Assim também ocorre em Portugal, onde o consentimento deve ser expresso e documentado, por qualquer forma:

Relativamente à forma do consentimento, parece-nos resultar da lei que o mesmo não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. A exigência de consentimento expresso pode retirar-se da circunstância de a lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo. (...). Já no que respeita à forma de documentação do consentimento, o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000 veio pronunciar-se no sentido de que a lei processual penal não exige forma especial (pode ser verbal), bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, de qualquer forma, documentado. A documentação do consentimento verbal pode ser efectuada, por exemplo, através de gravação sonora.” (PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005, *apud* Delloso, A.F.A. e BOTTINI, P. P. O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliárias. *In* Boletim do IBCCRIM, outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6105/>. Acesso em: 27/2/2021).

Nos **EUA**, também é usual a assinatura de um **formulário** pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio, para atestar a voluntariedade de seu consentimento. Obviamente, eventual recusa em assinar o formulário ou a declaração de assentimento não impede que a busca se realize, **desde que a acusação comprove, por outra forma, que o consentimento foi voluntário** (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).

Tenha-se presente, por sua vez, que **de nada valerá** uma declaração de consentimento **assinada se as circunstâncias indicarem que ela foi obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento** (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601 [*“Formulas of respect for constitutional safeguards cannot prevail over the facts of life which contradict them.”*]; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579 [*“[A]n assertion*

that no promises are being made may be contradicted by subsequent conversation.”].

Dito tudo isso, é de se indagar se essa preocupação com a **salvaguarda de direitos à intimidade e à inviolabilidade do domicílio**, tão marcante em outros povos, não poderia nos induzir a construir algo similar.

Já não é hora de revermos nossa compreensão e frearmos as violações abusivas de lares da população mais carente, exposta permanentemente ao risco de ter sua privacidade exposta por ações de servidores do Estado que, mesmo quando movidos por boa intenção e subjetivamente direcionados ao esclarecimento e à cessação de atividade criminosa, não seguem parâmetros mínimos de proteção à intimidade das pessoas que ocupam a residência, incluído, por óbvio, o suspeito?

O Poder Judiciário, ante a **lacuna da lei ou a omissão do Poder Legislativo**, não pode deixar sem resposta situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E ao Superior Tribunal de Justiça cabe, precipuamente, a função de, ao prestar jurisdição, buscar a **melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também a formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares**.

Deveras, estabelecer os parâmetros de aplicação das regras probatórias do processo penal requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, **projetando a aplicação do Direito para o futuro**, mediante sua adequada interpretação, a partir do julgamento dos casos de sua competência. Como acuradamente assere Daniel Mitidiero (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, com base na interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

Aliás, sobre a responsabilidade de um Tribunal Superior, quando enfrenta **temas sensíveis** e se vê premido a tomar uma posição que implique a anulação de um processo, a juíza da Corte Suprema dos Estados Unidos Sonia Sotomayor, em voto dissidente proferido em debate sobre a licitude de provas (**Utah v. Strieff, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056, 2016**), anotou, com muita propriedade, que:

When courts admit only lawfully obtained evidence, they encourage “those who formulate law enforcement policies, and the officers who implement them, to incorporate Fourth Amendment ideals into their value system.” Stone v. Powell, 428 U. S. 465, 492 (1976). But when courts admit illegally obtained evidence as

well, they reward “manifest neglect if not an open defiance of the prohibitions of the Constitution.” Weeks, 232 U. S., at 394. (Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam “aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores”. Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam “negligência manifesta, se não um desafio aberto, às proibições da Constituição” – trad. livre).

X. Providências para a maior tutela da inviolabilidade do domicílio

Se nesses países, ditos centrais, há tamanha preocupação em proteger o cidadão contra arbítrios de agentes estatais, o que se dirá em um país como o Brasil, onde são rotineiras as notícias de violações a direitos de moradores, especialmente das periferias dos grandes centros urbanos?

Focando apenas no que interessa ao tema ora em exame, chega a ser, para dizer o mínimo, **ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência**, ciente, pelo senso comum, do que implica tal situação para a intimidade de um lar.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento virtual da **ADPF 635 (cognominada ADPF das Favelas)**, em que se concederam algumas das medidas cautelares postuladas, ao propósito de minimizar os efeitos do que se chamou de **necropolítica** praticada no estado do Rio de Janeiro, mercê das **rotineiras operações policiais nos morros cariocas, com graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente pela excessiva e crescente letalidade da atuação policial**, voltada sobretudo contra a população pobre e negra de comunidades periféricas.

Na petição inicial da **ADPF**, subscrita pelos advogados e Professores Doutores Daniel Sarmiento, João Gabriel Pontes, Ademar Borges, Camilla Gomes e Pedro Henrique Rezende, pontua-se que,

Além da vida da população e dos policiais, outros direitos fundamentais de máxima importância são atingidos pela referida política de segurança pública. **A parcela mais pobre da população fluminense, que vive em favelas, encontra-se submetida a clima permanente de terror.** Incursões policiais nessas regiões são rotineiramente acompanhadas de tiroteios que ameaçam a integridade física e psicológica dos moradores de comunidade, bem como do seu patrimônio. **Os abusos cometidos**

pelas forças de segurança em tais ocasiões são conhecidos e frequentes, e incluem desde xingamentos, destruição de bens, **invasões de domicílio** e subtrações de pertences, até agressões, abuso sexual, uso inadvertido e desproporcional de armas de fogo, detenções arbitrárias, além das execuções extrajudiciais (Petição inicial da ADPF 635, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 28/2/2021, destaquei).

A iniciativa da sociedade civil, por meio dessa ADPF, e a decisão do STF **constituem marco de singular importância na preservação dos direitos fundamentais de parte da população que, com sua invisibilidade econômica e social, vê-se em permanente estado de tensão e, em algumas localidades, até de terror** mesmo, ante a perspectiva de que, a qualquer momento, um morador desavisado seja ferido mortalmente por uma bala perdida, um adolescente seja executado por criminosos ou por agentes estatais, ou que uma guarnição policial invada alguma residência, à procura de drogas, armas ou suspeitos.

Faço lembrar que, ao julgar o **HC n. 138.565/SP** (relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, em 18/4/2017, DJe-170), o Supremo Tribunal Federal analisou a narrativa de que o paciente teria sido perseguido e detido por policiais apenas pelo fato de acharem que ele estava filmando uma operação de combate ao tráfico de drogas, o que ensejou sua condução até sua residência, onde apreenderam 8 g de crack e 0,3 g de cocaína.

O colegiado confirmou a liminar e determinou o trancamento do processo, ocasião em que o relator, oralmente, ao comentar o costume de policiais que dizem ter sido “convidados” a entrar na casa do suspeito, asseriu, *in verbis*: **“Evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja”** (conforme noticiado no sítio eletrônico do STF, em Notícias do STF de terça-feira, 18 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>. Acesso em: 31 ago. 2020).

X.1. Autorização assinada pelo morador

Nessa direção de tutela do direito à inviolabilidade da morada também foi a intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do **RE n. 603.616/TO**, ao propor **raciocínio paralelo ao que levou o STF à edição da Súmula Vinculante n. 11**, quanto à necessidade de documentar, por escrito, as razões que justificaram o uso de algemas em pessoa presa. É dizer, **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 de demandar-se, em juízo de proporcionalidade e de isonomia de tratamento, **igual providência para a invasão de um domicílio**, quando, *a priori*, tem-se apenas a suspeita da ocorrência de um crime.

Desse modo, se qualquer pessoa – inclusive um magistrado da mais alta Corte do país – não crê ser natural que alguém permita, voluntariamente, que agentes da segurança pública, armados, ingressem em seu domicílio para procurar objetos relacionados a um crime de que é suspeito, é de se **exigir, por conseguinte, que o Estado não dê azo a qualquer dúvida quanto à legalidade da diligência e quanto ao livre assentimento do morador que permite a busca domiciliar**.

Assim como nas legislações estadunidense, francesa, portuguesa e espanhola, é impositivo que se exija, dos nossos agentes estatais, o **registro detalhado da operação de ingresso em domicílio alheio**, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de **testemunhas** tanto do livre assentimento quanto da busca, em **auto circunstanciado**.

Tal providência, aliás, já é determinada pelo **art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal**, ao dispor que, “[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”. Embora se refira, topicamente, ao cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, por óbvio que também deveria aplicar-se o dispositivo a qualquer forma de busca e apreensão efetuada pelo Estado em domicílios de suspeitos, **com ou sem mandado judicial**.

X.2. Diligência integralmente registrada em vídeo e áudio

Além disso, será de fundamental importância que se registre, em vídeo e áudio, toda a diligência, máxime nas situações em que, por ausência justificada do formulário ou por impossibilidade qualquer de sua assinatura, seja indispensável comprovar o livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Com efeito, a **validação do processo de recolhimento de provas com ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio e à intimidade das pessoas pode comprometer, quando se trata de prática usual** pelas agências de persecução penal, **a própria essência do Estado Democrático de Direito**, mormente se expressa um **comportamento discriminatório contra moradores das periferias** dos grandes centros urbanos, alvos frequentes de tal prática.

Note-se que já há corporações militares estaduais compreendendo a necessidade de **equiparem seus agentes com câmeras de áudio-vídeo acopladas ao seu uniforme ou capacete**, não só para a **salvaguarda de direitos**

dos cidadãos, mas também para a **própria proteção do policial**, cuja atuação, se registrada por filmagem, o imuniza contra injustas acusações à sua conduta funcional.

Pioneira, nessa direção, foi a Polícia Militar de Santa Catarina, que, conforme notícia publicada no portal do Governo do Estado em 22 de julho de 2019, lançou o programa **Câmeras Policiais Individuais**, com a aquisição, em parceria com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 2.425 câmeras, que ficarão implantadas no uniforme do policial militar, de modo a registrar as ações e as interações da PM com o cidadão durante as ocorrências, ajudando a colher provas em flagrante e evitando falsas acusações.

Como referido na notícia, “o uso da câmera aumenta a transparência e a fiscalização das ações policiais; ajuda a conter a reação das pessoas abordadas, pela percepção de que estão sendo filmadas, e, conseqüentemente, reduz a necessidade de uso da força por parte dos policiais.” Além disso, “a transparência e a ética nas ações são fundamentais, tanto para os agentes públicos quanto para os cidadãos. A câmera individual deve regular essa relação com mais eficiência, resguardando vítimas e evidenciando possíveis casos de má conduta, isso de ambos os lados”, ressaltou o governador do estado. (Disponível em: <https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/cameras-individuais-passam-a-integrar-servico-da-policia-militar-de-santa-catarina>. Acesso em: 1º set. 2020).

Igual medida adotou o Governo do **Estado de São Paulo**, movido por episódios de truculência da Polícia Militar em abordagem de suspeitos. Já foram instaladas 585 câmeras em uniformes da PM da capital e prevê-se a aquisição de outras 2.500 delas. Conforme nota da Secretaria da Segurança Pública, “As gravações preservam a atuação dos policiais e os direitos individuais dos cidadãos, além de fortalecer a produção de provas judiciais” (Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/01/pms-da-capital-comecam-a-usar-585-cameras-em-uniformes-apos-casos-de-violencia-policial-durante-a-pandemia-em-sp.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2020).

Essas iniciativas devem ser elogiadas e, mais do que isso, seguidas por todos os governos estaduais, de modo a tornar parte do uniforme de todo policial um equipamento de registro de suas operações, o que, seguramente, resultará na **diminuição da criminalidade em geral** – pela maior eficiência probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e, especialmente no que diz respeito a autuações em flagrante delito e ingresso no domicílio do suspeito, **permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e se, quando houver sido apontado o consentimento do morador, foi ele livremente prestado**.

Até que se ultime tal providência em todas as unidades federativas, não haverá óbice algum a que a guarnição policial, com um aparelho celular

dotado de câmera fotográfica, registre a diligência, para sua segurança e para a segurança dos moradores da residência em que se realizou a operação, e muito menos se poderá opor qualquer obstáculo a que os próprios moradores registrem a diligência.

XI. A fragilidade da isolada prova oral para a comprovação da diligência policial

Tal providência, já implementada em algumas unidades federativas – ainda que em pequena parcela dos agentes – também é um sinal de que, em plena Era da Informação, na qual os registros históricos passam a contar com o auxílio da tecnologia e em que a maior parte dos habitantes do Planeta está interligada e conectada à internet, **o processo penal também necessita acompanhar essa evolução e progressivamente ir reconhecendo a importância de outros meios probatórios, muito mais fidedignos em relação aos fatos e mais confiáveis do que a mera reprodução de testemunhas**, que, como enfatizado linhas atrás, possuem alta dose de subjetividade e de interferências tanto cognitivas quanto mnemônicas.

Daí por que – mormente em atuação que envolve o afastamento de um direito tão caro quanto a inviolabilidade do domicílio – é indispensável, para a própria credibilidade e idoneidade da prova colhida na cena do crime, e para a maior segurança do Ministério Público (para acusar) e do Judiciário (para julgar) **que a atuação estatal seja devidamente registrada e testemunhada por pessoas que não apenas os próprios responsáveis pela diligência da qual resulta a prisão em flagrante do suspeito.**

A esse respeito, trago à baila o Relatório Final da **Pesquisa Sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas, realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro**, a partir do exame de um total de **2.591 sentenças** prolatadas pelos juízos da Capital e Região Metropolitana do Rio de Janeiro, no período entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, relacionadas ao cometimento de crimes de tráfico de entorpecentes em geral. A pesquisa permitiu concluir, no tocante à prova oral produzida, que, **em 62,33% dos casos o agente de segurança foi o único a prestar testemunho nos autos.**

E, tendo em vista a expressiva quantidade de sentenças em que a única testemunha ouvida foi o agente de segurança, apurou-se que, **em 53,79% dos casos, o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão. E com base em um universo de 1.979 casos em que a condenação foi baseada principalmente no depoimento dos agentes de segurança, foi possível observar que em 71,14% as únicas testemunhas ouvidas na instrução penal foram os próprios agentes de segurança.** (Disponível em

<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acesso em 8/10/2020).

A pesquisa não detalha em quantos desses casos de condenação por crime de tráfico, nos quais a palavra dos agentes policiais foi determinante, derivaram de ingresso no domicílio do acusado, mas, seguramente – pelas regras de experiência decorrentes do exame de milhares de processos dessa natureza aqui no STJ – **a grande maioria das condenações tomou como referência principal, senão exclusiva, o depoimento dos policiais militares que, ao ingressarem na residência do suspeito, ali encontraram drogas.**

E conquanto não se possa, *a priori*, desmerecer a credibilidade e autenticidade de depoimentos prestados por quaisquer pessoas, especialmente quando são servidores públicos, há de se ter certa 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 autorizadas do ingresso domiciliar.**

Bem a propósito, pontuam Gabriel Abboud e Caio Prata:

De modo geral, o argumento utilizado para legitimar a utilização do testemunho de policiais militares que diligenciaram o injusto objeto de julgamento, como fundamento de uma decisão condenatória, circundam duas assertivas: (a) a não delimitação, por parte do CPP, de quem pode ou não ser testemunha; e (b) o fato de gozarem, as declarações das autoridades, de presunção de veracidade. [...]

Há uma relação de interesse evidente entre o policial e a causa para a qual serve de testemunha. Ao mesmo tempo, há a influência sofrida pelo *modus operandi* das polícias (e o papel que estas cumprem no sistema punitivo), que atuam reproduzindo as distorções do tecido político que lhe dão causa, abdicando da legalidade que formata a criminalização secundária, o que leva à necessidade de um discurso que distorça os fatos para que se adequem à racionalidade que os tornariam legítimos. Não por outro motivo **a realidade nos informa sobre a atuação arbitrária destes órgãos repressivos, com altos índices de abusos de poder e violação dos direitos individuais.** *Entre a farda e a toga: as contradições da utilização dos testemunhos policiais como elemento justificador da criminalização da pobreza* (Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/entre-a-farda-e-a-toga-as-contradicoes-da-utilizacao-dos-testemunhos-policiais-como-elemento-justificador-da-criminalizacao-da-pobreza>. Acesso em: 8/10/2020).

XII. O caso concreto

Informam os autos que policiais militares receberam denúncia a respeito de suposto tráfico de drogas, realizado por pessoa cujas características físicas também teriam sido descritas pelo informante.

Em visita ao local apontado, um dos policiais relatou que avistaram o ora paciente, cuja aparência coincidia com a descrição da denúncia; que ele tentou mudar de caminho quando avistou a viatura, mas que conseguiram abordá-lo e que **não foi encontrado nenhum entorpecente em sua posse. Os policiais então perguntaram ao paciente sobre seu endereço residencial, e ele os teria guiado até lá.** Em seguida, " [os policiais] entraram em sua casa, franqueada por ele e encontraram a droga [...]. As drogas estavam numa pochete no armário da cozinha. Não estava escondido. Era apenas porção de maconha, em pedaços" (fls. 21).

Não há, contudo, referência à prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas de forma anônima. Igualmente não se tratava de averiguação de denúncia robusta e tampouco houve o acompanhamento da chamada "testemunha do povo".

Nesse quadro, **soa inverossímil a versão policial**, ao narrar que o paciente teria mostrado onde residia – mesmo nada sendo encontrado em seu poder – e **que teria franqueado a entrada em seu domicílio.** Ora, um mínimo de vivência e bom senso sugerem a falta de credibilidade de tal versão. Será mesmo que uma pessoa sobre quem recai a suspeita de traficar drogas irá franquear a entrada na residência, onde está a droga escondida? A troco de que faria isso?

Se de um lado se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que **o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas** quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal.

Saliento que, em juízo, o paciente negou a ocorrência dos fatos da maneira descrita pelos policiais, ao relatar que, "estava em sua casa domingo, "Era usuário de maconha" e que "Os policiais invadiram sua casa e encontraram a pochete de maconha" (fl. 21).

Essa **relevante dúvida não pode**, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos – **ser dirimida a favor do Estado**, mas a favor do titular do direito atingido (*in dubio libertas*). Em verdade, **caberia**

aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador.

Não houve, para tanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

Tenho, assim, que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante **decorreu de ingresso ilícito na moradia do paciente**, em violação a norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, **o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes e a própria ação penal, apoiada exclusivamente nessa diligência policial.**

A propósito, faço lembrar que a essência da **Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada** (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Por conseguinte, inadmissível também a **prova derivada** de conduta ilícita – no caso, a apreensão de maconha e de petrechos para a comercialização do entorpecente no interior da residência onde se realizou a operação policial –, pois evidente o **nexo causal** entre uma e outra conduta, ou seja, a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

O fato de, nos crimes como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protrair no tempo – o que, diga-se, é dogmaticamente correto – não significa concluir que a vaga suspeita de prática desse delito legitima a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio. Como demonstrado acima, a **fundada suspeita** precisa amparar-se em **elementos objetivos, afastando nuances subjetivas**, de sorte a não permitir que se ocupe o policial com a pessoa que ele identifica, *a priori*, como “o traficante”, em vez de dirigir sua atividade para apurar “condutas e atos” indicativos da prática de um crime.

Portanto, pelo contexto fático delineado nos autos, **entendo que não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a invasão de domicílio e que não há circunstâncias que autorizem concluir ter havido consentimento válido e livre do morador** para o ingresso dos policiais em sua respectiva residência. Eis a razão pela qual, dado que a casa é asilo inviolável do indivíduo, desautorizado estava o ingresso na residência do paciente, de maneira que as provas obtidas por meio da medida invasiva são ilícitas, bem como todas as que delas decorreram.

XIII. Das comunicações para o controle sobre a atividade estatal

O interesse público justifica a necessidade de providências para além das que se aplicam ao caso ora em exame.

Há notícias corriqueiras de situações assemelhadas, e é imperioso adotar medidas concretas para uma efetiva proteção ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

Ingresso desautorizado em morada alheia prejudica diversas pessoas (não apenas o suspeito mas os que com ele convivem na residência) e cria insegurança jurídica, temor e desproteção de toda a coletividade, uma vez que a prova decorrente da invasão desautorizada de um domicílio resulta, quando reconhecida judicialmente sua ilicitude, na absolvição de réus culpados. É preciso, por conseguinte, **que se prevejam mecanismos eficazes para mudar essa prática pelas forças de segurança de nosso país.**

O Superior Tribunal de Justiça, como já salientado, tem o dever de uniformizar a interpretação da lei federal e zelar pelo respeito aos direitos fundamentais. E a esse escopo é indispensável uma intervenção geral, *pro futuro*, e não apenas casuística e reativa, como vem acontecendo.

Cristina Queiroz destaca que

A função primária do direito não radica na produção de determinados comportamentos, mas no reforço de determinadas expectativas. De modo diferente do positivismo do modo antigo, que havia considerado a vontade como fonte do direito (o comando do legislador ou a própria lei), o direito enfrenta hoje uma quantidade de expectativas normativas, que poderíamos definir como pretensões de direito, fora das quais dificilmente poderia ofertar valorações contáveis e mensuráveis. O mesmo vale para o juiz constitucional. Na aplicação de normas jurídicas deve este recorrer não apenas a representações normativas, mas ainda a valores sociais não juridificados (QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder judicial*. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p 289).

A expectativa da Constituição e da população de nosso país – nomeadamente a mais humilde – é de que se respeite a sua intimidade e a inviolabilidade de suas moradas.

Sob essa perspectiva, **preventiva de futuros atos de violação a direito de terceiros**, mostra-se necessária e urgente a comunicação imediata desta decisão colegiada aos governos estaduais, para que providenciem treinamento e condições materiais a seus agentes de segurança pública, de modo a que possam observar as regras constitucionais densificadas no presente julgado.

A propósito, releva trazer à baila recente decisão da **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, que condenou a República Argentina por **atuações indevidas de policiais** que, **em nome da guerra ao tráfico, violaram direitos fundamentais de investigados**. Nessa decisão, a Corte fixou medidas para que o fato não se repetisse e incluiu, também, a previsão de treinamentos dos integrantes das forças policiais, Ministério Público e juízes, conforme se verifica na transcrição abaixo:

[...] 26. En su reconocimiento de responsabilidad internacional, suscrito el 4 de marzo de 2020, el Estado aceptó la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión en su Informe de Fondo, lo cual incluye las concernientes a que las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. En el mismo orden, en su escrito de alegatos finales de 18 de junio de 2020, el Estado reconoció que este “caso constituye un emblema de lo que se conoció en nuestro país, durante la década del 90, como el ‘olfato policial’, que implicaba actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes”. Asimismo, el Estado puntualizó que “este tipo de prácticas policiales fueron promovidas por políticas de seguridad que se definían bajo el paradigma de la llamada ‘guerra contra las drogas’ y que, además, resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial.

117. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, esté disponible por un período de un año, en el sitio web oficial del Poder Judicial de la Nación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutive 12 de la presente Sentencia.

B. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

122. En razón de ello, la Corte considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales que deben existir para evitar la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisas corporales o registro de un vehículo, abordados en el presente caso, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Por tanto, en la creación y aplicación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial, las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, y que han sido reiteradas en el presente caso. [...] El Estado rendirá al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 117 de la presente Sentencia. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Sentença de 1º de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cidh-argentina-abordagem-policia.pdf>. Acesso em: 30/10/2010)

Com o objetivo, portanto, de evitar a repetição das narradas práticas violadoras de direitos fundamentais e, também, uma possível condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, é mister a comunicação da presente decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento da decisão a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital, respectivamente.

XIV. Conclusões

As considerações e os argumentos expostos neste voto facilitam responder aos questionamentos feitos de início, de modo a concluir que:

1. Na hipótese de **suspeita de crime em flagrante**, exige-se, em termos de **standard probatório** para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de **fundadas razões** (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial **se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.**

3. O **consentimento** do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser **voluntário e livre** de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. **A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado**, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a **operação** deve ser **registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.**

5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na **ilicitude das provas obtidas** em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual **responsabilização penal** do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

XV. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **considerando que não houve comprovação de consentimento válido para o ingresso no domicílio do paciente**, voto pela **concessão** da ordem de *Habeas Corpus*, de sorte a reconhecer a **ilicitude das provas** por tal meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, **absolver** o paciente.

Dê-se **ciência desta decisão** 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.

Proponho se fixe o **prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias**, treinamento e demais providências necessárias para

a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a evitar situações de ilicitude, que, entre outros efeitos, poderá implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal, à luz da legislação vigente (art. 22 da Lei 13.869/2019), sem prejuízo do eventual reconhecimento, no exame de casos a serem julgados, da ilegalidade de diligências pretéritas.

É o voto.