

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: PAULO ROBERTO DE LIMA
ADV.(A/S)	: JEOVA RODRIGUES JUNIOR
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

RE 603616 / RO

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. 6. 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e apreciando o Tema 280 da sistemática da repercussão geral, negar provimento ao extraordinário e fixar a tese, nos termos do voto do Relator. Vencido o ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese.

Brasília, 5 de novembro de de 2015.

RE 603616 / RO

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

04/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: PAULO ROBERTO DE LIMA
ADV.(A/S)	: JEOVÁ RODRIGUES JÚNIOR
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário que, firmado na alínea “a” do permissivo constitucional, impugna acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que manteve a condenação criminal do recorrente pelo crime de tráfico de drogas.

Nas razões do extraordinário, sustenta que são ilícitas as provas obtidas mediante a invasão do respectivo domicílio por autoridades policiais, pois ausente o necessário mandado de busca e apreensão. Dessa forma, entende ter sido violado o art. 5º da CF, considerados os incisos LVI (*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*) e XI (*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*).

Assevera, ainda, afronta ao art. 5º, LV (*aos litigantes, em processo*

RE 603616 / RO

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), tendo em vista a alegação de que a sentença condenatória baseou-se apenas nas provas obtidas na fase de inquérito policial.

O recurso extraordinário não foi admitido na origem (fl. 269).

Interposto agravo de instrumento, o Ministério Público ofereceu contrarrazões (fls. 275-277). Manifestou-se pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso.

Autuado o Agravo de Instrumento sob nº 757.159, o ministro Cezar Peluso deu-lhe provimento, determinando a conversão em recurso extraordinário (fl. 287).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento parcial deste extraordinário e, nesta, pelo não provimento. Eis a ementa do parecer:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RE. CONHECIMENTO PARCIAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279/STF. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA QUE JUSTIFICA A BUSCA SEM MANDADO JUDICIAL. INCISO XI DO ART. 5º DA CF”. (Fl. 290).

Foi admitida a repercussão geral em relação à alegação de violação ao art. 5º, LVI e XI, da Constituição Federal – apreensão e busca em domicílio, no período noturno, sem mandado judicial.

As defensorias públicas do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) e de São Paulo (DPE-SP) foram admitidas na qualidade de *amicus curiae*.

É o relatório.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616

PROCED. : RONDÔNIA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : PAULO ROBERTO DE LIMA

ADV.(A/S) : JEOVÁ RODRIGUES JÚNIOR

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o relatório e a sustentação oral, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Dr. Denis Sampaio, Defensor Público do Estado, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O presente recurso extraordinário trata dos limites da cláusula de inviolabilidade do domicílio.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal afirma sem ressalvas que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente.

Pretendo demonstrar que essa tese esvazia a inviolabilidade domiciliar, contrariando a interpretação sistemática da própria Constituição e tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário. Por isso, proporei evolução do entendimento.

Para tanto, parto de um resgate da cláusula de inviolabilidade domiciliar em nosso direito e no direito comparado, para investigar em que medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.

A importância da inviolabilidade domiciliar na evolução e consolidação dos direitos fundamentais resta patente se voltarmos os olhos para as declarações de direitos.

A cláusula de inviolabilidade domiciliar evoluiu a partir da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, adotada em 1792, que dispõe:

“O direito das pessoas a estarem seguras em suas (...) casas, (...) contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado deverá ser expedido sem causa provável, confirmada por juramento ou afirmação, e com descrição pormenorizada do lugar a ser buscado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. No original: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and*

RE 603616 / RO

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”.

Analizando as declarações de direito em vigor, podemos classificá-las, grosseiramente, em três grupos.

Um primeiro grupo limita-se a afirmar a proteção contra buscas arbitrárias. A regulamentação da competência para expedir mandados e estabelecer as hipóteses em que o ingresso forçado é possível fica por conta da lei.

Nesse grupo, estão, além da mencionada Constituição dos Estados Unidos, as Constituições italiana, chinesa e argentina. Nos sistemas de proteção aos direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem vão na mesma linha.

Constituição italiana, art. 14:

“Art. 14 O domicílio é inviolável. Nele não podem ser efetuadas inspeções ou investigações ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidos por lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. As averiguações e inspeções por motivos de saúde e de incolumidade pública ou para fins econômicos e fiscais são regulamentadas por leis especiais.

Art. 14. Il domicilio è inviolabile.

Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali”.

Constituição chinesa, art. 39:

RE 603616 / RO

“Artigo 39.º O domicílio dos cidadãos da República Popular da China é inviolável. É proibida a busca ilegal ou a intromissão no domicílio dos cidadãos”.

Constituição argentina, art. 18:

“Artículo 18º.- El domicilio es inviolable como tambien la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en que casos y con que justificativos podra procederse a su allanamiento y ocupacion”.

Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, art. 11, 2:

“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”.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 8º:

“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.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

RE 603616 / RO

Uma segunda categoria cria reserva judicial para a busca a apreensão, sem exceções. É o caso do Uruguai.

Constituição uruguaia, art. 11:

“Artículo 11 .- El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley”.

Um terceiro grupo de texto vai além, criando reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecendo exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial.

Nessa linha, estão as seguintes constituições e as respectivas exceções:

Alemanha: caso a demora implique perigo;

Portugal: flagrante delito;

Espanha: flagrante delito;

Japão: flagrante delito;

Paraguai: flagrante delito, impedir perpretação de crime ou evitar danos à pessoa ou à propriedade;

Angola: flagrante delito ou situação de emergência, para prestação de auxílio.

Lei Fundamental Alemã, §13:

§13

“(1) O domicílio é inviolável.

2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada. [(1) *Die Wohnung ist unverletzlich.*

(2) *Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden”.*

RE 603616 / RO

Constituição portuguesa, art. 34:

“1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”.

Constituição espanhola, art. 18:

“Artigo 18.

2. O domicílio é inviolável. Nenhuma entrada ou busca pode ser feita sem autorização ou ordem judicial, salvo nos casos de flagrante delito. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”*

Constituição japonesa, arts. 33 e 35:

“Art. 33. Ninguém será preso exceto por ordem judicial que especifique a acusação, salvo em flagrante delito.

Art. 35. O direito de todos a estar seguro em suas casas (...), contra buscas e apreensões não vai ser violado exceto contra mandado emitido por justa causa e com descrição particular do lugar a ser buscado e coisas a serem apreendidas, salvo na hipótese do art. 33”.

RE 603616 / RO

Constituição do Paraguai, art. 34:

**“Artículo 34 - DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD
DE LOS RECINTOS PRIVADOS**

Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrá ser allanado o clausurado por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrá serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad”.

Constituição da República de Angola, art. 33:

“Artigo 33.º (Inviolabilidade do domicílio)

1. O domicílio é inviolável.

2. Ninguém pode entrar ou fazer busca ou apreensão no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo nas situações previstas na Constituição e na lei, quando munido de mandado da autoridade competente, emitido nos casos e segundo as formas legalmente previstas, ou em caso de flagrante delito ou situação de emergência, para prestação de auxílio.

3. A lei estabelece os casos em que pode ser ordenada, por autoridade competente, a entrada, busca e apreensão de bens, documentos ou outros objectos em domicílio”.

A exceção de relevo parece ser a Constituição francesa, que remete a catálogos de direitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, os quais não consagram expressamente a inviolabilidade da casa.

Voltando ao direito pátrio, todas as constituições brasileiras continham cláusula de defesa da casa.

As Constituições de 1824, 1891 e 1934 estabeleciam que a casa é “asilo inviolável”, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e

RE 603616 / RO

na forma da lei (art. 179, VII; art. 72, §11 e art. 113, 16, respectivamente).

Constituição de 1824:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”.

Constituição de 1891:

“Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei”.

Constituição de 1934:

“Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei”.

RE 603616 / RO

A Constituição de 1937 igualmente remeteu à lei a regulamentação da garantia (art. 122, §6º). A declaração de estado de guerra em 1942 – Decreto 10.358, de 31.8.1942 – suspendeu a inviolabilidade domiciliar.

Constituição de 1937:

“Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei

A inviolabilidade do domicílio foi retomada pelas Constituições de 1946 e 1967, e Emenda Constitucional 1/69, sempre remetendo à regulamentação legal (art. 141, §15; art. 150, §6º e art. 153, §10, respectivamente).

Constituição de 1946:

“Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer”.

Constituição de 1967:

“Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém

RE 603616 / RO

pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

Emenda Constitucional 1/ 1969:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

Feito esse passeio por espaço e tempo, chegamos à Constituição de 1988. O texto constitucional tratou da inviolabilidade e de suas exceções no art. 5º, XI:

“Art. 5º.

XI - 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;”

Estabeleceram-se quatro exceções à inviolabilidade: (i) flagrante delito; (ii) desastre, (iii) prestação de socorro, (iv) determinação judicial.

Ainda que com redação inversa, nossa Constituição se alinha aos textos que criam reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecem exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial.

Ao texto constitucional adicionam-se o art. 11, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, e o art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos

RE 603616 / RO

Civis e Políticos, que protegem o domicílio contra “ingerências abusivas e arbitrárias”.

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 4.11.2015.

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 603616 / RO

A despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente. A avaliação feita por um juiz “neutro e desinteressado” sobrepõe a avaliação de um “policial envolvido no empreendimento, muitas vezes competitivo, de revelar o crime”, resguardando contra medidas arbitrárias – Justice Robert H. Jackson, redator da *opinion* da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948).

Há casos, no entanto, em que a necessidade de autorização judicial é excepcionada. O presente caso trata da exceção do “*flagrante delito*”.

A interpretação que adota o Supremo Tribunal Federal no momento é a de que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial (RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – RHC 40.796, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8.5.2014; AgRg no AREsp 417.637, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9.12.2014.

Para se chegar a essa conclusão, segue-se uma linha de raciocínio simples.

Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Nesse intervalo, o crime está em curso. Assim, se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio.

Assim, por exemplo, no crime de tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/06 –, estando a droga depositada em uma determinada casa, o morador está em situação de flagrante delito, sendo passível de prisão em flagrante. Um policial poderia ingressar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão.

RE 603616 / RO

Essa interpretação, a despeito de tradicional em nosso direito, é insatisfatória.

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. Em verdade, dificilmente a certeza estará ao alcance da polícia. Se certeza do crime e de sua autoria houvesse, a diligência seria desnecessária.

No exemplo do comércio de drogas, o próprio pretenso traficante pode ter sido enganado e ter em sua posse quilos de farinha.

Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “*fundadas razões*” – art. 240, §1º.

Considerado o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150, §2º, do CP.

Ou seja, o policial estaria assumindo o risco de perpetrar um crime, salvo se tiver sucesso em sua diligência. Isso dá ao policial um perigoso incentivo. Ou desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio.

Caso o policial não encontre a droga e venha a ser acusado criminalmente, transferir-se-á a escolha dramática para a fase de punição do agente público. A tese defensiva natural será o estrito cumprimento do dever legal putativo – o policial alegará que achava que havia um crime em andamento dentro da casa invadida.

Se rejeitar a defesa, o julgador pune um policial que acreditava estar cumprindo seu dever.

Se a acolher, aniquila a garantia da inviolabilidade do domicílio. Qualquer alegação por parte de policiais de que tinham informação de que havia um crime em andamento afastaria a inviolabilidade domiciliar.

E é nessa situação que nos encontramos atualmente.

RE 603616 / RO

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.

Essa evolução pode decorrer tanto da interpretação da própria Constituição como de sua integração com os tratados de direitos dos quais o país é signatário.

Os tratados sobre direitos humanos podem ampliar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, mesmo para afastar ressalvas expressas feitas pelo texto constitucional. Esse entendimento foi adotado pelo STF para afirmar a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, expressamente prevista no art. 5º, LXVII, da CF, mas incompatível com tratados internacionais sobre direitos humanos – RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, e RE 349.703, Red. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 3.12.2008.

E o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos protegem o domicílio contra *ingerências arbitrárias* (art. 11, 2, e art. 17, 1, respectivamente).

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.

Imagine-se, por exemplo, que a polícia selecionasse casas por sorteio e, nas escolhidas, realizasse busca e apreensão, independentemente de qualquer informação sobre seus moradores. Certamente, seriam flagrados crimes em algumas delas. O resultado positivo das buscas, no entanto, não justificaria sua realização. O fundamental é que o critério para a decisão de realizar a entrada forçada foi arbitrário.

A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

Esse princípio é adotado pelo direito norte-americano, na medida

RE 603616 / RO

em que não dispensa o mandado em situações de crime em curso, salvo se a busca imediata decorrer de circunstâncias exigentes – “*exigent circumstances*” –, assim consideradas “as circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei” – “*Those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry (or other relevant prompt action) was necessary to prevent physical harm to the officers or other persons, the destruction of relevant evidence, the escape of a suspect, or some other consequence improperly frustrating legitimate law enforcement efforts*” [United States v. McConney, 728 F. 2d 1195, 1199 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 824 (1984)].

Assim, precisamos rever os termos em que a busca e apreensão domiciliar deve ocorrer.

Novo recurso ao direito comparado nos permite encontrar uma orientação mais segura.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem parte de um texto normativo menos protetivo para chegar a uma conclusão de maior afirmação da garantia.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe sobre a inviolabilidade domiciliar em seu artigo 8º. Esse texto se limita a estabelecer que a violação ao domicílio é tolerável quando “estiver prevista na lei”. Para além disso, a lei somente pode permitir a ingerência se “constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária” para assegurar uma finalidade aceitável – segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, proteção da saúde ou da moral, ou proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Entende-se que a exigência de um mandado judicial autorizando a interferência no domicílio é importante para evitar abusos e arbítrios. No entanto, em situações exigentes, “a ausência de mandado judicial prévio pode ser contrabalançada pela disponibilidade de um controle *ex post*

RE 603616 / RO

factum". Assim, as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por magistrado – nesse sentido, Heino contra Finlândia (caso n. 56720/09), decisão de 15.2.2011; Smirnov contra Rússia (caso 71362/01), decisão de 7.6.2007.

O controle judicial da investigação criminal serve para compatibilizar os direitos de liberdade com os interesses da segurança pública. Esse controle pode ser *a priori* – antes da adoção da medida que afeta direitos fundamentais – ou *a posteriori* – após a adoção da medida. No controle prévio, a adoção da medida deve ser precedida da expedição de uma ordem judicial. O juiz, terceiro imparcial, analisa a presença dos requisitos da medida e, se for o caso, autoriza sua realização.

No controle *a posteriori*, a legislação permite aos agentes da administração desde logo atuar, realizando a medida invasiva. Apenas depois de sua concretização, o terceiro imparcial verifica se os agentes da administração agiram de acordo com o direito, analisando se estavam presentes os pressupostos da medida e se sua execução foi conforme o direito.

O controle *a posteriori* pode ser adotado, mesmo em medidas invasivas, se houver razões suficientes para tanto.

É o que ocorre no caso da prisão em flagrante – art. 5º, LXI, da CF. Trata-se de exceção à exigência de prévia ordem escrita da autoridade judiciária para a prisão, fundada na urgência em fazer cessar a prática de crime e na evidência de sua autoria. No entanto, é indispensável o controle da medida *a posteriori*, mediante imediata comunicação ao juiz, que analisa a legalidade da prisão em flagrante – art. 5º, LXII, da CF.

No caso da inviolabilidade domiciliar, em geral, é necessário o controle judicial prévio – expedição de mandado judicial de busca e apreensão. O juiz analisa a existência de justa causa para a medida – na forma do art. 240, §1º, do CPP, verifica se estão presentes as “*fundadas razões*” para a medida – e, se for o caso, determina a expedição do mandado de busca e apreensão.

No entanto, é a própria Constituição que elenca exceções – entre elas o flagrante delito – nas quais dispensa o mandado judicial para ingresso

RE 603616 / RO

forçado em casa. Em crimes permanentes, o agente está permanentemente em situação de flagrante delito. Assim, seria de difícil compatibilização com a Constituição exigir controle judicial prévio para essas hipóteses.

Da mesma forma, 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. Talvez porque, nessas hipóteses, presume-se urgência no ingresso na casa.

Essa urgência é presumida independentemente de o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa.

Nas hipóteses em que a Constituição dispensa o controle judicial prévio, resta o controle *a posteriori*. Pelo entendimento atualmente aceito na jurisprudência, se a situação de flagrante se confirma, qualquer controle subsequente à medida é dispensado. Não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na casa onde a diligência foi realizada.

Assim, voltando ao exemplo da droga mantida em depósito em residência, se o policial obtém, mediante denúncia anônima, a informação de que a droga está naquela casa, não poderá pedir mandado judicial, porque ninguém se responsabilizou validamente pela declaração – art. 5º, IV, CF. No entanto, poderá forçar a entrada na casa e fazer a prisão em flagrante. Se, eventualmente, vier a ser indagado, poderá pretextar que soube da localização da droga por informações de inteligência policial. De qualquer forma, a solidez das informações que levaram ao ingresso forçado não é analisada.

Já afirmamos que essa solução é menos insatisfatória. Em consequência, resta fortalecer o controle *a posteriori*, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – *fundadas*

RE 603616 / RO

razões, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas.

É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados para satisfazer o requisito.

O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir.

Por outro lado, 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.

A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração. Nesse sentido, especificamente sobre a denúncia anônima, decidiu-se no Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11.11.2005. Bem pontuou o Ministro Celso de Mello:

“(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou

RE 603616 / RO

como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (disque-denúncia p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento em relação às peças apócrifas;”

Na mesma linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21.5.2015.

Nada impede, contudo, que essas informações venham a dar base a pesquisas e, uma vez robustecidas por outros elementos, embasem a busca.

Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas.

A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução *fundadas razões* demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário.

O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos

RE 603616 / RO

concretos.

Há também casos que apresentarão complexidades que ultrapassarão os limites do tema aqui apreciado.

Por exemplo, numa investigação sigilosa, pode surgir a notícia do crime permanente dentro de residência. No entanto, dar acesso ao dono da casa a todos os dados da investigação pode comprometer o restante das pesquisas. Em tese, poder-se-ia realizar investigação independente, documentando indícios mínimos para a busca e retendo o restante da prova. Os limites dessa prática, no entanto, não são aqui debatidos.

Também é comum que, no cumprimento de mandados de busca e apreensão, revelem-se situações de flagrante delito não previstas no objeto inicial. Numa busca por drogas, por exemplo, podem-se encontrar armas de uso proibido. Em princípio, o ingresso forçado está autorizado, pelo que não se cogita de vulneração da garantia da inviolabilidade de domicílio. No entanto, novamente, os limites da prática não são aqui debatidos.

Tampouco se pretende aferir a validade de mandados de busca e apreensão coletivos. Esse expediente, que vem sendo usado em operações em favelas e comunidades conflagradas, testa os limites da garantia contra a inviolabilidade da casa de formas que não comportariam análise no presente tema.

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.

Enfim, há uma infinidade de complicadores que merecem avaliação

RE 603616 / RO

em separado. Será a casuística que impulsionará o desenvolvimento de jurisprudência para enfrentar os diferentes temas.

Ainda assim, tenho que a tese é um avanço para a concretização da garantia. Com ela, estar-se-á valorizando a proteção, na medida em que será exigida justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca.

No que se refere à segurança jurídica para os agentes da segurança pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência não tenha o resultado esperado. Por óbvio, eventualmente, o juiz considerará que a medida não estava justificada em elementos suficientes. Isso, no entanto, não gerará a responsabilização do policial, salvo em caso de abuso inescusável.

Assim, tanto o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio quanto à segurança jurídica dos agentes estatais ficarão otimizados.

Em suma, proponho 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.

No caso concreto, o recorrente Paulo Roberto de Lima foi preso em flagrante porque foram encontrados 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) dentro de um veículo Ford Focus de sua propriedade, estacionado na garagem de sua residência.

A busca foi realizada sem mandado judicial.

No entanto, havia fundadas razões para suspeitar que o recorrente estava em situação de flagrante delito quanto ao crime de tráfico de drogas.

O acórdão recorrido assenta que o investigado e Reinaldo Campanha eram suspeitos de transportar drogas. Reinaldo dirigia caminhão de propriedade do recorrente. A polícia já havia monitorado encontros de ambos.

RE 603616 / RO

Em 20.4.2007, Reinaldo partiu da casa do recorrente Paulo Roberto dirigindo caminhão que, posteriormente, foi interceptado. Inspeccionado o veículo, foram localizados 23,421 Kg (vinte e três quilos, quatrocentos e vinte e um gramas) de cocaína.

Após a prisão, Reinaldo teria confirmado receber a droga de Paulo Roberto.

Na sequência, os policiais foram à residência de Paulo Roberto e ingressaram na casa e em seu terreno sem autorização. Ao revistarem o veículo estacionado na garagem, localizaram os 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) de cocaína adicionais.

O ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado Reinaldo, elementos suficientes para indicar fundadas razões de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas.

Assim, a tese do recorrente está em desacordo com a interpretação fixada por esta decisão.

As demais teses do recorrente fogem aos limites da admissão de repercussão geral ao recurso extraordinário, pelo que não serão debatidas.

Ante o exposto:

a) resolvo a questão com repercussão geral, estabelecendo 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;

b) nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao **julgar** a questão **pertinente** à *hierarquia jurídica* das convenções internacionais em matéria de direitos humanos (**HC 87.585/TO**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 96.772/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 349.703/RS**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **RE 466.343/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO), **sustentei-lhes a natureza constitucional, apoiando-me, para tanto, na própria ideia de bloco de constitucionalidade.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Exatamente. Mas aqui o que se permite é essa interpretação da norma constitucional com esses elementos que passam a ser, vamos dizer assim, integrantes ou aderentes. Então, passa-se a interpretar o devido processo legal com essas normas que integram os tratados.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro-Relator, cumprimento Vossa Excelência pelo voto. Eu verifico que, em princípio, está de acordo com o disposto no artigo 5º da nossa Constituição, exatamente o inciso XI, que diz:

"XI - 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".

Portanto, é o caso de flagrante delito.

Eu queria fazer apenas uma observação, eminente Relator. Quando nós elaboramos a Súmula Vinculante 11, que tem a seguinte dicção, nós tomamos o cuidado de que as situações excepcionais que justificassem o uso das algemas fossem veiculadas por escrito, "sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Aqui, numa primeira observação, e peço licença de ter antecipado a palavra antes da ordem regimental, exatamente porque vejo - e Vossa Excelência corretamente coloca - ser possível o ingresso na residência, mesmo durante o período noturno, desde que amparado em fundadas razões.

A minha preocupação é que, se não colocarmos alguma limitação ou alguma responsabilização, sabemos como as coisas acontecem na vida real. A Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificação qualquer, *a posteriori*, de forma oral, na delegacia de polícia. Eu penso que seja necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que

RE 603616 / RO

essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, queria exatamente me amparar nisso que Vossa Excelência acaba de sustentar, porque realmente, digamos assim, a vida prática, algumas notícias veiculadas dão conta da prática de arbitrariedade. Então, essas fundadas razões representam um conceito muito indeterminado e que podem servir para tudo.

Mas o Ministro Gilmar Mendes, no voto, refere-se, na página 11, num controle, **a posteriori**, para a busca. Então, o que me veio à mente, tendo em vista que nós decidimos pela obrigatoriedade da realização da audiência de custódia - se o Ministro Gilmar Mendes tiver de acordo -, era exatamente adotar a fórmula preconizada por Sua Excelência, de que a entrada forçada de domicílio sem mandato judicial é válida mesmo no período noturno, desde que amparado em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, aferida em audiência imediata de custódia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora, para que haja essa sindicabilidade por parte da autoridade judicial, mesmo na audiência de custódia, é preciso que se faça um auto qualquer de ingresso na casa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, Presidente, a partir de uma suposição? A partir de uma denúncia anônima, isso quanto ao tráfico de drogas? Porque houve o flagrante quanto a um dos corréus: o condutor do caminhão. Como este último teria dito que estava a proceder daquela forma, conduzindo tóxico, por pedido ou pagamento de certa pessoa, o que fizeram os policiais? Simplesmente foram à casa dessa pessoa. Poderiam não ter encontrado coisa alguma, mas encontraram. Imaginamos, nisso, o flagrante? Ou imaginamos, simplesmente, uma indicação pelo corréu de que o proprietário da casa

RE 603616 / RO

poderia estar envolvido no delito de tráfico de entorpecentes?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui é uma questão jurisprudencial delicada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O crime teve exaurimento quando um dos corréus foi surpreendido conduzindo o veículo e portando a droga. Não se trata de crime permanente. A noção de crime permanente é outra.

Agora, receio muito, Presidente, que, a partir de simples suposição – e de bem-intencionados o Brasil está cheio –, coloque-se, em segundo plano, uma garantia constitucional, que é a inviolabilidade do domicílio. 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.

Eu, por exemplo, vou pedir vênia e divergir de Sua Excelência, porque, quanto a esse corréu, a condenação partiu apenas do fato de terem encontrado na casa – na garagem da casa, para ser mais preciso –, dentro de um Ford Focus – é a marca, o modelo, não é? –, droga. Flagrante? É isso que se considera flagrante? Para mim, não. O que houve foi indicação e indicação, repito, de que o transporte estaria ocorrendo – e o caminhão foi apreendido, numa rodovia federal, com a droga – por ordem do proprietário da casa. Em vez de a autoridade policial pedir o mandado de busca e apreensão, simplesmente resolveu, ela própria, ingressar na residência.

Gostaria que aqui ainda estivesse o Ministro Cezar Peluso, que deu provimento ao agravo para subida do extraordinário do réu, o que é muito raro, em se tratando de agravo de instrumento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, há

RE 603616 / RO

algumas observações.

A primeira observação é uma questão jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal entende que, enquanto a parte guarda a droga para efeito de tráfico, isso é considerado, em primeiro lugar, um crime permanente. Essa é a primeira questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, imagina se o condutor do veículo tivesse indicado meia dúzia de casas? O crime seria permanente, já exaurido na apreensão?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A segunda é uma questão de ponderação de valores. A doutrina nacional estrangeira entende que a casa, esse asilo inviolável, não é um asilo de criminosos, nem um espaço de criminalidade. Então, essa ponderação tem que ser feita, quer dizer, a Polícia tem conhecimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Cessa tudo, porque presumimos a culpa!

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, eu gostaria de acompanhar, adotar o complemento feito, sugerido pelo ministro Fux.

A mim parece-me que a ideia da verificação em audiência de custódia seria adequada, porque...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vai virar um flagrante, e o flagrante, vai ter que apresentar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso. Eu tinha levado em conta – até porque me lembrava bem de nosso debate sobre a Súmula nº 11 –, mas nós estamos aqui diante de uma realidade extremamente complexa e dinâmica. A exigência de fundamentação escrita talvez seja excessiva diante da complexidade dessas operações.

Eu fiquei muito impressionado com o relato que li no livro do secretário Beltrame...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A quem rendo homenagens, não me canso de render homenagens.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - (...) a propósito dessa dura realidade que, claro, submete essas pessoas que

RE 603616 / RO

vivem nessas condições, mas também submete as forças policiais a grande desafios. E o que estamos tentando é encontrar uma justa equação e equacionamento para esse tema.

Por outro lado, pelo menos, meu propósito aqui – quero deixar claro – é evitar que haja a prática de abuso, quer dizer, a simples invasão de casas, dar ensejo, desde que se encontre algo, o resultado vai legitimar a prática. Por isso, acho que tem de haver esse controle *a posteriori*, que poderá levar, inclusive, à nulidade da operação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, concordo com Vossa Excelência. Não se invade casa sem haver um móvel – não é móvel da casa, é móvel para a invasão –, não se invade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É fundamental **que exista causa provável, cuja ocorrência** legitimará o ingresso de terceiros em residência alheia, **ainda** que *“invito domino”*, **desde** que, *por óbvio, registre-se qualquer das situações excepcionais a que alude o inciso XI* do art. 5º da Constituição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, a partir da decisão do Ministro Marco Aurélio tomada em sede de cautelar numa ADPF ou numa ação direta de inconstitucionalidade, não me lembro bem, a audiência de custódia hoje é uma realidade, pois Sua Excelência determinou que, em noventa dias, a audiência de custódia deveria ser instalada em todo o País. Então, ela ocorrerá normalmente, e a primeira questão que o juiz coloca é quanto à higidez do flagrante: está hígido ou não, e depois vai adentrar na questão da liberdade provisória ou não. Então, essa é uma realidade que já existe.

O que me parece é que deveríamos aproveitar, se adotarmos a tese do Ministro Gilmar Mendes - e até acho que temos que evoluir um pouco porque a criminalidade, hoje, está mais sofisticada, mais dinâmica...

RE 603616 / RO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E vai ser uma carta em branco para a polícia invadir domicílios; vai ser uma carta em branco.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, aliás, sobre esse aspecto, Senhor Presidente, eu sugeriria que houvesse um minimalismo para aplicar-se isso, por ora, ao tráfico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, mas, mesmo ao tráfico, eu penso..., porque o tráfico hoje é feito em geral, em comunidades mais humildes, mais pobres, onde coabitam várias pessoas numa mesma casa, residência, com crianças, com mulheres grávidas, etc. Eu acho que esse ingresso violento sem uma justificativa mais elaborada, tal como ocorre aqui na Súmula Vinculante 11, em que é preciso justificar por escrito. É claro que não se pede uma tese do policial, mas ele tem que fazer um boletim dizendo: aqui houve flagrante de delito, perigo de fuga, etc., sob pena de responsabilidade disciplinar, penal e civil do agente ou da autoridade de nulidade do ato. Acho que aqui nós obramos muito bem na Súmula 11. O que não podemos é deixar isso ao alvedrio do policial militar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Veja Vossa Excelência o seguinte: no momento da audiência de custódia, se o juiz verificar que houve um abuso, extrai peças para promover a persecução penal do abuso de autoridade. Daí esse controle, essa revisão judicial imediata através da audiência de custódia. O que ocorre? Na prática - talvez eu esteja transmitindo aqui uma experiência do Ministério Público -, se o flagrante não for realizado de imediato, perpetua-se uma lesão muito mais grave. Ninguém duvida de que a invasão do Morro do Alemão não foi avisada a ninguém, evidentemente. Se tivesse sido avisada, não teria ocorrido aquela operação exitosa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, se Vossa Excelência me permite mais uma

RE 603616 / RO

observação, eu acompanhei quase trinta audiências de custódia em todo o Brasil. E os juízes fazem questão de dizer que não se vai discutir a materialidade ou a autoria, de forma mais aprofundada, na audiência de custódia. O que se vê é apenas se o flagrante está ou não hígido, do ponto de vista formal, e depois parte-se para aquela segunda parte, que é justamente a verificação se o réu deve responder preso o processo criminal ou se pode ser libertado mediante condições.

Eu não vejo como o juiz possa, na audiência de custódia, que é algo que dura cerca de dez minutos, aferir justamente se houve ou não flagrante delito na ocasião, porque ele não poderá examinar, eventualmente, o objeto ilícito apreendido. Acho que temos de ter alguma salvaguarda para permitir essa medida extrema que o Ministro Gilmar Mendes está propondo. Eu até adiro tendo em conta, como disse hoje, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado, do tráfico de drogas, acho que é necessário uma medida mais enérgica, mas penso que a sociedade precisa também ter uma segurança, uma salvaguarda, sobretudo, os mais pobres, os mais humildes, de não terem a sua residência invadida com truculência por um agente policial.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu não estava aqui na época. Como foi elaborada essa medida que garantiu a prática do uso de algemas? Isso foi justificado antes? Exigiu-se uma justificação prévia? É isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Diz assim:

"Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Isso pelo simples uso de algema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fui Relator desse *habeas corpus*, se não me falha a memória. O caso mostrou-se muito emblemático. Um pintor, não artista plástico, mas pintor de parede, foi julgado por crime doloso contra a vida, portanto, pelo Tribunal do Júri, e permaneceu o tempo todo algemado. A defesa pediu que as algemas fossem tiradas para ele não ser percebido pelos leigos como um fera e já ser, a princípio, condenado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente.

RE 603616 / RO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A **Súmula Vinculante** nº 11/STF, **que reflete** construção jurisprudencial **firmada** por esta Corte no tema **concernente** *ao uso de algemas*, encontra ressonância na Lei nº 11.689/2008 que, **ao tratar** do julgamento no plenário do júri, **vedou** o uso de algemas no acusado **durante** o período em que este ali permanecer, **salvo** se essa medida de restrição pessoal se fizer absolutamente necessária à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas **ou** à garantia da integridade física dos presentes (**CPP**, art. 474, § 3º).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu tenho a impressão, Senhor Presidente, de que essa redação que foi dada - às algemas - é perfeitamente adaptável aqui à tese do Ministro Gilmar, porque só é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito. Aí acrescentada aqui: justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena..... É perfeitamente adaptável.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu acho que precisamos de uma salvaguarda até para os cidadãos, em geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É perfeitamente adaptável.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Às vezes, são ações imediatas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senão não adianta nada.

RE 603616 / RO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nós estamos aqui a fazer um exercício, tendo em vista essas várias situações, tudo nos crimes permanentes, como esse caso de depósito de drogas, ou porte de drogas, ou extorsão mediante sequestro, cárcere privado. Então, todas essas situações exigem uma ação imediata da Polícia.

Aqui nós estamos falando exatamente da possibilidade de um necessário controle *a posteriori* que vai permitir, então, fazer essa aferição para evitar exatamente os abusos que se perpetram sistematicamente. Não tenho dificuldade de...

A proposta de Vossa Excelência, ministro Fux, então, é...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, a minha proposta seria exatamente a conjugação da súmula das algemas com a sua: só é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, justificada excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Aí, cerca da mesma maneira.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Aí, eu penso, porque o domicílio é um valor tão importante, como disse o Ministro Marco Aurélio, protegido...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Justificada *a posteriori*?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa justificação pode dar-se **antes** ou, *dependendo das circunstâncias*, **depois** do ingresso em domicílio alheio.

RE 603616 / RO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A posteriori, é.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, pode ser.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) -
Podendo ser justificada *a posteriori*?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Porque do contrário...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu não me oporia a isso. O importante é que fique documentado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, era preocupação até do próprio Ministro Gilmar que tivesse uma redação bem adstrita.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - A preocupação aqui é não criar um modelo procedimental burocrático que dificulte a ação, mas que também não estimule práticas abusivas. Acredito que chegamos a um bom termo.

RE 603616 / RO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Justificada **a posteriori** a excepcionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E, aí, isso é sindicável perfeitamente por qualquer magistrado, até na audiência de custódia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Claro, podendo ensejar até anulação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, e evidentemente que o agente policial vai ter muito cuidado, porque saberá que terá que justificar, sob todas essas penas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, Ministro, tudo muito bonito, não é? Mas qual é o caso concreto? Flagrante? Não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É flagrante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A mais não poder, não ocorreu o flagrante. O que houve foi uma indicação do corréu, surpreendido, transportando a droga, de que essa droga estaria sendo transportada a mando do recorrente.

RE 603616 / RO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. E havia oito quilos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E, então, em vez de se, como disse, bater na porta do Judiciário para pedir, como está no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, um mandado de busca e apreensão, os policiais resolveram invadir a casa e fazer essa busca e apreensão. Aí, sim, encontraram, em um carro que estava na garagem, uma porção de droga. Houve flagrante, Presidente? Não. Houve indicação e a capacidade intuitiva, a partir dessa indicação, de que o proprietário da casa teria drogas.

Não posso dar esse passo, esvaziando, Presidente, o que se contém no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. Daqui a pouco, não vai haver mais a garantia constitucional da inviolabilidade, que é a regra, e a exceção tem que ser interpretada de forma estrita, da inviolabilidade da casa. Não se avança culturalmente assim. Creio que o Brasil precisa combater esse mal maior que é o tráfico de entorpecentes, mas, em Direito, o meio justifica o fim e não o inverso.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O art. 33 da Lei de Drogas **encerra tipo penal** *de conteúdo variável* **ou** *de conduta múltipla*, uma das quais **consiste em** *manter em depósito* substâncias entorpecentes, **sem** autorização **ou em desacordo** com determinação legal ou regulamentar.

Esse particular comportamento do agente **traduz hipótese de crime permanente**, **como reconhece** a doutrina **e proclama** a jurisprudência dos Tribunais.

Isso significa que, **por tratar-se de delito permanente**, o seu momento consumativo protraí-se no tempo, **o que permite** considerar o agente em flagrante delito *“enquanto não cessar a permanência”* (**CPP**, art. 303).

Na hipótese ora referida, **cuida-se de flagrante em sentido próprio** (**CPP**, art. 302, I), **possibilitando o ingresso forçado** de terceiros em residência alheia, **pois tal situação ajusta-se** a uma das exceções constitucionais **derrogatórias** da inviolabilidade domiciliar (**CE**, art. 5º, inciso XI).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Flagrante impróprio também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A hipótese *é de flagrante real* **ou em sentido próprio**, **pois**, nos delitos permanentes, a legislação **considera** estar o agente, **enquanto se prolongar** o momento consumativo do crime, *“cometendo a infração penal”*, situação que se ajusta ao conceito de flagrância própria (**CPP**, art. 302, I).

E, como se sabe, tal como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, *“Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua*

RE 603616 / RO

residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita”, a tornar desnecessária, em consequência, a expedição de prévio mandado judicial de busca e apreensão domiciliar (HC 84.772/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE), pois – insista-se – “É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (RHC 121.419/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Não me consta que tenha havido reforma legal, mas diz o art. 303 do Código de Processo Penal:

"Art. 303 - Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência."

E é a jurisprudência da Casa.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Como Vossa Excelência pode constatar, **a partir** do precedente que venho de referir, **é essa** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No caso em exame, o agente **foi surpreendido** mantendo, *em seu poder*, uma larga quantidade de droga. **Salvo** engano, *aproximadamente quase* 10kg.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - São vinte e três.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vê-se, *portanto*, que o agente em questão foi surpreendido na prática de crime permanente, o que tornou legítimo o ingresso forçado, em seu domicílio, da Polícia, eis que, naquele momento, o delinquente estava cometendo uma infração penal.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu apenas iria asseverar que, pelo que eu tenho compreendido, primeiro nós debatemos o provimento no Recurso Extraordinário e, em seguida, debatemos a tese.

RE 603616 / RO

E eu acho que é nessa direção que estamos indo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu estou propenso a acompanhar o belo voto do Ministro Gilmar Mendes, mas realmente eu tenho muita preocupação com a tese enunciada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, Presidente, isso é uma marca de Vossa Excelência: a de se preocupar sempre que a justiça seja caridosa, e a caridade seja justa. Então, a casa das pessoas pobres...

Mas, na verdade, é o seguinte: não há muito tempo, passou um filme, "Meu nome não é Johnny", que mostra que não é só a casa de pessoas miseráveis que serve de "almoxarifado" de drogas, não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, de qualquer maneira, o que não é possível é que haja uma invasão de domicílio e depois não se encontre nada, e a Polícia simplesmente peça desculpas depois de arrombar a porta do barraco ou da casa de luxo de alguém, ou o ingresso num condomínio fechado, que seja. Então, é preciso que nós cerquemos de todos os cuidados essa discricionariedade policial.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pelo menos, nós chegamos aqui, a quatro mãos, a uma solução.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, nós chegamos a quatro mãos, que foi retransmitido ao Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ah, já foi retransmitido ao Ministro Gilmar? Está bom.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, eu recebi aqui a sugestão da lavra do ministro Fux e do ministro Teori e o ministro Teori tem-se revelado um grande "tesista" aqui, na ausência do ministro Barroso – que diz o seguinte:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em

RE 603616 / RO

fundadas razões, devidamente justificadas **a posteriori** - que é uma dessas preocupações -, que indique que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Acho que, com isso, nós estamos incorporando...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu estou de acordo com essa tese.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: ... **reconhecendo-se, ainda, na formulação da tese, a ilicitude da prova penal que resulte de situação de inexistente flagrância, apta, por si só, a configurar comportamento revelador do crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, art. 3º, “b”).**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Com isso, incorporamos aquilo que estava na Súmula nº 11.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Perfeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - O ministro Fachin, acho, queria votar sobre o mérito.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, ao contrário, já percebo que, em boa medida, ao recurso extraordinário, já se está negando provimento.

E, então, nessa linha, Senhor Presidente, eu também estou me manifestando, até porque, desse riquíssimo debate, percebe-se que qualquer solução plebiscitária entre a arbitrariedade policial e o asilo inviolável da casa é um redutor da complexidade. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio que seja, ao mesmo tempo, uma garantia da casa e, portanto, também uma possibilidade da realização de atividades policiais que sejam legítimas.

É nessa ordem de compreender essa complexidade que eu estou, Senhor Presidente, antes de tudo, enaltecendo o brilhante voto de Sua Excelência, o eminente Relator, e louvando a iniciativa da Corte em pautar e enfrentar um tema deste relevo, que consiste na necessária imposição de limites ao ingresso de agentes estatais na casa do cidadão.

Eu irei juntar, ao feito, um voto. E estou aqui, nessa declaração de voto, asseverando que eu tenho a honra de acompanhar o eminente Relator em suas razões quanto ao resultado do julgamento, também em relação à tese com as achegas que aqui foram introduzidas.

Acredito relevante a sinalização de limites à atividade policial, mas também a ressalva de atividades que sejam legítimas, inclusive, aquelas que exijam sigilo. O eminente Relator deu dois exemplos que acredito serem relevantes: dentre eles, as situações das chamadas ações controladas, do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2013, nas quais o sigilo é um elemento fundante da potencial eficiência ou eficácia da atividade policial, que também visa, em última **ratio**, à segurança e à garantia dos direitos da própria cidadania da sociedade, de um modo geral.

O outro elemento exemplificador é a questão atinente ao chamado "disque-denúncia". Como se sabe, a vedação constitucional do inciso IV

RE 603616 / RO

do art. 5º do anonimato não permite, evidentemente, que se dê, a essa denúncia anônima, fonte primária, mas, ao mesmo tempo, seja ela motivo de verificação e de aferição de eventual verossimilhança.

Por essas razões, Senhor Presidente, nesse voto que vou juntar - e por esses exemplos -, eu estou acompanhando Sua Excelência o eminente Relator e o faço integralmente pelo substancioso voto proferido. Ressalto a importância desta Corte ter pautado este tema, especialmente nesta quadra que vive a sociedade brasileira, sinalizando, à luz da tese que aqui será aprovada, de modo inequívoco, que não compactua com arbitrariedade, mas, ao mesmo tempo, exige o espaço para a atividade policial legítima e que os policiais também prestem contas a **posteriori** das chamadas, e corretamente chamadas, fundadas razões para o flagrante, que, na hipótese do caso concreto, o ter em depósito, na condição de crime permanente, funda o flagrante que justifica a afirmação da tese.

Portanto, tenho a honra de acompanhar Sua Excelência, o Relator.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, ao tempo em que ressalto o brilhante voto de Sua Excelência, o eminente Relator, louvo à iniciativa desta Corte em enfrentar tema da mais alta relevância consistente na necessária definição de limites ao ingresso de agentes estatais na casa do cidadão, - “asilo inviolável” proclamado pelo art. 5º, XI, da Constituição -, a pretexto de averiguar situação excepcional de “flagrante delito”, que dispensa mandado jurisdicional.

Tenho a honra de acompanhar o eminente Relator em suas razões, quanto ao resultado do julgamento pela improcedência do presente recurso extraordinário, bem como quanto à interpretação que propõe seja fixada como tese em sede de repercussão geral.

Da análise que fiz do caso, também preocupou-me sinalizar a necessidade de se impor limites à atividade policial, mas também ressalvar como válidas informações de flagrância obtidas por agentes policiais em situações onde deles se deva exigir o sigilo ou mesmo em situações onde seja razoável que o agente policial mantenha o sigilo quanto à origem do crime noticiado.

O exemplo citado pelo eminente Relator, na linha do que decidiu a colenda Segunda Turma no RHC 117988, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Dje 26.02.2015, de atividade persecutória estatal válida tendo como ponto de partida informações decorrentes dos assim denominados “disque denúncias” é significativo. É hipótese de obtenção de informações oriundas de pessoas que preferem ficar no anonimato, como ocorre a muitos cidadãos, temerosos quanto a eventuais represálias, que não se animam a prestar depoimentos formais sobre práticas criminosas, mas encontram em canais de comunicação entre a sociedade e a Polícia, como os “disque denúncias”, conforto para o exercício da cidadania, em ato de colaboração com o Poder Público para coibir práticas delituosas.

RE 603616 / RO

Por certo que, a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, da CF) de acordo com a jurisprudência desta Corte, não se permite que as denominadas “denúncias anônimas” se prestem a, **como fonte primária de prova**, fundar restrição a direitos fundamentais. Entretanto, permite que, a partir delas, se faça uma averiguação para aferir verosimilhança e, a partir daí, se iniciem procedimentos restritivos.

Na linha da jurisprudência desta Suprema Corte, também entendo que uma informação obtida por fonte anônima, **desde que averiguada pelos agentes policiais** – frise-se -, pode validamente fundar o ingresso em residência alheia onde se constata o flagrante delito.

Ainda, tenho em mente hipóteses de “ações controladas”, meios sigilosos de obtenção de prova previstos no art. 3º da Lei nº 12.850/2013, mediante os quais, por autorização judicial, a ação policial pode ser retardada quanto a alguns integrantes de organizações criminosas, para que se concretize em momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Em tais situações, não raro, o agente policial de posse de informação ainda sob sigilo (art. 8º, § 3º, da Lei 12.850/2013) prende em flagrante determinados integrantes de uma dada organização criminosa e mantém sob sigilo a origem da informação sobre o estado de flagrância, até que “*o momento mais eficaz à formação de provas*” quanto aos demais integrantes se faça presente. Só então é que a origem das informações se tornam públicas e o agente policial está dispensado do sigilo.

Esses dois exemplos, já mencionados do voto do eminente Relator, indicam a diversidade e riqueza dos casos concretos que podem apresentar inúmeras especificidades, as quais melhor podem se analisadas singularmente e submetidas às instâncias recursais.

Ressalto, nada obstante, uma vez mais, a importância de esta Suprema Corte sinalizar, como estará a fazer caso este egrégio Plenário aprove a tese proposta pelo eminente Relator, de modo inequívoco, que não compactua com a arbitrariedade e exige que os agentes policiais prestem contas e por escrito, ainda que *a posteriori*, das razões pelas quais entenderam presentes as fundadas razões para crer que, dentro da casa,

RE 603616 / RO

há situação de flagrante.

Em quais hipóteses essas razões são ou não fundadas, creio ser mais adequada a formação de uma jurisprudência de base que possa, no futuro, vir a ser, caso a caso, sindicada perante esta Corte.

Acompanho, portanto, integralmente o voto do eminente Relator.

É como voto.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Presidente, também vou acompanhar o eminente Relator. Conforme Sua Excelência fez ver no seu aprofundado voto, embora muitas questões periféricas ao instituto ainda comportem apreciação em outras oportunidades a verdade é que o cerne da tese aqui proposta é compatível, não só com a Constituição, como também com os tratados e convenções internacionais a que estamos submetidos.

De modo que eu acompanho Sua Excelência.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu também desprovejo o recurso, acompanhando o eminente Relator.

Da mesma forma, endosso a tese proposta - e que, a meu juízo, tem um caráter mais abrangente do que aqui se fazia necessário -, por todas as razões que já explicitadas. Ela não se cinge à higidez da prova obtida mediante busca e apreensão em residência sem autorização judicial, mas se manifesta sobre a forma como há de proceder a Polícia para que se reconheça validade à sua diligência.

Estou acompanhando e louvando o eminente Relator.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, já colaborei o quanto pude para acompanhar o eminente Relator.

Apenas citarei um caso que foi mencionado, pelo Ministro Gilmar Mendes, nos debates, que comprova a assertiva da tese. Um cidadão sequestrado só pode ser liberado se adotada a tese que nós acabamos de firmar.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, também louvo o voto trazido pelo eminente Relator e o acompanhamento na íntegra, inclusive quanto à tese.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a rigor, dos integrantes do Colegiado, eu é que devo sustentar o voto, porque estarei a divergir. Por isso, creio que tenho crédito no uso do tempo.

Presidente, começo assentando uma premissa: quanto mais grave a imputação, maior deve ser o cuidado na observância das franquias constitucionais. Caso contrário, vamos construir, na Praça dos Três Poderes, um paredão e então corrigiremos o Brasil – consertaremos o Brasil com "s" e com "c".

O que nos vem da Constituição Federal, mais precisamente do inciso XI do artigo 5º, é uma regra. Vou ler o dispositivo, para meu governo e documentação no voto:

Art. 5º [...]

[...]

XI - 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;

A regra é a inviolabilidade da casa; a exceção corre à conta do consentimento do morador, da configuração do flagrante delito – que hoje já não é mais nem sequer título para a prisão, o que se dirá para uma condenação, porque, na prisão provisória, pelo flagrante, o juiz deve substituí-la, quanto ao título específico, pela preventiva – ou desastre e para prestar socorro, e por ordem judicial durante o dia, por determinação judicial.

O que houve na espécie, Presidente? O corréu, que confessou inclusive o crime – que não é o Paulo Roberto, é o Reinaldo Campanha –, foi surpreendido, numa estrada federal, pilotando, conduzindo um caminhão, em cujo interior havia drogas. Ele, então, como corréu, apontou que aquela droga seria de um terceiro, o recorrente deste

RE 603616 / RO

extraordinário, que tinha recebido R\$ 200,00 para fazer o transporte. Os policiais, então, imaginaram: bem, se a droga era desse terceiro, na respectiva residência, no domicílio, senão mais um tanto da droga, pelo menos apetrechos indispensáveis à comercialização. Foram ao Judiciário os policiais buscar um mandado de busca e apreensão? Não, simplesmente entraram na casa sem um mandado e procederam a essa busca e apreensão, localizando, em um automóvel que estava na garagem, uma porção de droga.

Indaga-se, Presidente, tendo em conta as definições próprias ao Direito Penal, e o Direito Penal se rege pelo princípio da legalidade estrita: podemos cogitar de crime permanente? Não, Presidente. O tráfico, quanto ao delito em si, exaurira-se na apreensão da droga que estava no caminhão. Poderiam os policiais não ter encontrado, na residência, qualquer indício do tráfico, mas encontraram. Será que esse resultado justifica a invasão, olvidando-se o disposto no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal? Não.

E não se tem, Presidente, qualquer elemento – a não ser a palavra do corréu, e esta não serve à condenação –, não se tem no acórdão proferido – estamos em sede extraordinária, estamos julgando a partir dessas premissas constantes do acórdão, não podemos inovar nas premissas fáticas –, não se tem uma linha quanto a um outro elemento probatório que levasse à conclusão da culpabilidade, senão a apreensão ocorrida, embora com transgressão ao inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, e a palavra do corréu. Por isso, o ministro Cezar Peluso – estimaria que Sua Excelência ainda estivesse entre nós, um grande Juiz, um sensível Juiz – proveu o agravo interposto para a subida deste Extraordinário.

Presidente, não posso – por mais que queira, como disse, corrigir rumo no Brasil, chegar a dias melhores – desconhecer esses parâmetros inafastáveis, porque estamos em sede extraordinária, e que estão no acórdão impugnado. Não tenho como dizer que o caso revela crime permanente, porque estaria a olvidar o exaurimento quanto ao delito perpetrado, no que surpreendido, um dos corréus, conduzindo a droga

RE 603616 / RO

em rodovia federal.

Por isso, peço vênia para, no caso, prover o recurso e ressaltar que a garantia constitucional tem eficácia. Não estou aqui a dizer que não cabe à polícia invadir uma casa quando esteja sendo realmente cometido – considerado o flagrante, portanto – um delito. Não é isso. Estou considerando as balizas objetivas do caso concreto e, a partir dessas balizas, tenho que não se sustenta a condenação do recorrente.

Provejo o recurso e, no caso, absolvo-o.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhor Presidente, **para acompanhar** o voto do eminente Relator, **aderindo**, *também*, à **tese** formulada **que mereceu** o beneplácito de Sua Excelência.

Ao assim votar, tenho em consideração **as razões** *que longamente expus em precedentes de que eu próprio fui Relator (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), referentes ao tema sensível da inviolabilidade domiciliar que traduz, como todos sabemos, um dos mais significativos direitos fundamentais da pessoa.*

Sendo assim, **conheço** do presente recurso extraordinário **para negar-lhe** provimento.

É o meu voto.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio para também negar provimento ao recurso, acompanhando integralmente o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Eu entendo que o art. 5º, inciso XI, da nossa Constituição prevê, sim, a possibilidade de se penetrar, sem consentimento do morador, em sua residência, quando existir a hipótese de flagrante delito. E, como já foi dito aqui, o nosso art. 33 da Lei 11.343, de 2006, estabelece que ter em depósito drogas constitui um crime permanente, portanto, dá ensejo exatamente a essa condição de flagrância. Eu lembro que esta expressão flagrante vem de *flagrare*, que significa queimar, portanto, exige-se uma atuação imediata da autoridade policial para evitar que o crime se consuma ou que o crime se perpetue. Logo, neste caso, está justificada a invasão do domicílio sem a autorização competente do magistrado.

Eu também estou de acordo com a tese formulada, agora com as achegas do Ministro Teori Zavascki e do Ministro Luiz Fux. Penso que essa é um salvaguarda suficiente para prevenir eventuais abusos das autoridades policiais.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, a tese proposta: a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial 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.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616

PROCED. : RONDÔNIA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : PAULO ROBERTO DE LIMA

ADV.(A/S) : JEOVÁ RODRIGUES JÚNIOR

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o relatório e a sustentação oral, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Dr. Denis Sampaio, Defensor Público do Estado, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.11.2015.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 280 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: "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", vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, participando como palestrante do *XVI Encuentro de Magistradas de los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamerica*, em Havana, Cuba, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

