

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Peço vênia a Sua Excelência o relator, para dele divergir.

1. Do resumo dos fatos

Consta dos autos que policiais militares receberam denúncia anônima que dava conta da prática de tráfico de drogas na casa da agravante. Dirigiram-se para o local e, segundo eles, teria ela autorizado a entrada no interior do recinto. Em busca, os policiais encontraram “ 6 tijolos de cocaína, pesando 6.016 gramas; 3686 porções individuais de cocaína, com peso total de 2.214,3 gramas; 1400 porções individuais de ‘crack’, com peso total de 226,3 gramas; e 1 tijolo de maconha, pesando 894,6 gramas, entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal (Auto de Exibição e Apreensão às fls. 06, Laudo de Constatação às fls. 13/16), pelo que foi denunciada como incurso nas penas do artigo 33, ‘caput’, da Lei n.º. 11.343/06.” (eDOC 5)

2. Do conhecimento do presente *habeas corpus*

Conforme registrado na decisão agravada, o presente *habeas corpus* impugna decisão monocrática proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Assim, era dever da agravante interpor o competente agravo regimental naquele Tribunal a fim de dar passagem à análise de seu pedido nesta Corte.

Assim, correta está a decisão, ao afirmar que a análise do caso resulta em supressão de instância.

Todavia, vislumbro manifesta ilegalidade a autorizar a concessão da ordem, inclusive de ofício. Precedentes: HC 196.356, HC 195.985, HC 197.868, HC 197.758, todos de minha relatoria.

3. Da ilegalidade da busca e apreensão com base em denúncia anônima sem diligências investigativas complementares. Invasão a domicílio para averiguar se há flagrante. Inconstitucionalidade.

Conforme narrado, após o recebimento de denúncia anônima, nenhuma investigação preliminar foi iniciada. Após referida denúncia, policiais se dirigiram diretamente à casa da agravante, teriam arrombado o portão e realizado a busca. (eDOC 5)

A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que **denúncias anônimas não podem embasar, por si sós, medidas invasivas como interceptações telefônicas e buscas e apreensões, devendo, para tanto, ser complementadas por diligências investigativas posteriores** .

Conforme precedente relatado pela Min. Cármen Lúcia nesta Segunda Turma:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 3º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 E NOS ARTS. 325 E 319 DO CÓDIGO PENAL. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NÃO REALIZADA. PERSECUÇÃO CRIMINAL DEFLAGRADA APENAS COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. 1. **Elementos dos autos que evidenciam não ter havido investigação preliminar para corroborar o que exposto em denúncia anônima** . O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente. 2. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996. Precedente. 3. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar. Cabe ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida.” (HC 108.147, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 1º.2.2013)

Em recente julgado da Primeira Turma, assentou-se que “ *a denúncia anônima pode servir de base válida à investigação e à persecução criminal,*

desde que precedida por diligências tendentes a averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial ” (HC 141.157 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 11.12.2019).

A Segunda Turma, no HC 180.709, de minha relatoria, por meio de acórdão publicado em 14.8.2020, também assentou ser inadmissível busca e apreensão com fundamento **exclusivo** em denúncia anônima, mesmo autorizada pelo Juízo.

Cito também os seguintes precedentes em sentido semelhante: ARE 1.120.771 AgR-segundo, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 6.11.2018; HC 133.148, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 15.12.2017.

Na doutrina, afirma-se que: “ *Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação, o juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição do mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo .” (MORAES, Rodrigo Iennaco de. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** , n. 62, set. /out. 2006. p. 250-251).*

No caso dos autos, evidencia-se ilegalidade ainda mais grave, porquanto a busca não foi determinada pelo Juízo: os policiais, conforme dito, receberam as tais denúncias anônimas e invadiram a residência da agravada para apurar se, de fato, havia um flagrante.

É certo que, em caso de flagrante delito, a autoridade pode forçar a entrada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo no período noturno. O flagrante pode ser relativo a crime permanente, ainda que praticado sem violência ou grave ameaça, sendo desnecessária a demonstração de urgência na medida.

No entanto, esta Corte decidiu, em repercussão geral, que a entrada deve estar “ ***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” (RE 603.616/RO, de minha relatoria, DJe 10.5.2016).

É possível extrair algumas premissas importantes desse julgado, que demonstram a licitude de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, desde que observado o preceito constitucional de preservação da inviolabilidade do domicílio, realizado por meio do controle *a posteriori* pelo Judiciário.

O controle *a posteriori* dessas ações, realizado pelo Judiciário, visa à proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Cito trecho da ementa do referido julgado (RE 603.616/RO):

“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.”

Destaquem-se que os dispositivos objeto do tema 280 (CPP, art. 240, § 1º) e do presente caso (CPP, art. 244) situam-se topologicamente no mesmo Capítulo XI do Código de Processo Penal, sob o descritor DA BUSCA E DA APREENSÃO, ambos relacionados às hipóteses de restrição de direitos e garantias constitucionais.

Constou também do voto proferido quando do julgamento do tema 280:

“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 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 frustrasse 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 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 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...”

Na espécie, a agravante estava no interior de seu domicílio quando, segundo testemunhas ouvidas em Juízo, policiais teriam arrombado o portão e realizado as buscas referidas. (eDOC 5)

Os policiais, ao contrário, disseram que a agravante autorizou a entrada e que o portão não estava trancado. (eDOC 5)

Contudo, não é crível que um cidadão, sob o domínio de agentes armados, tenha a opção de franquear, ou não, seu ingresso no domicílio. É evidente a incapacidade do cidadão de opor resistência à tentativa de agentes armados de ingressarem no interior de seu domicílio.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 598.051, Rel. Min Rogério Schietti, em julgamento havido em 2.3.2021, fixou “ *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*”, *consubstanciada na determinação para que a abordagem policial seja registrada em vídeo e áudio, a fim de que se verifique a comprovação do alegado consentimento do morador.*”

É um precedente relevante, sobretudo para se ponderar a jurisprudência dominante em relação a palavra do policial e a comprovação de consentimento do morador.

Ademais, a Constituição Federal autoriza o ingresso no interior do domicílio em caso de flagrante e **não para averiguar se há flagrante** .

Vale ressaltar que a inviolabilidade do domicílio é o principal bem jurídico tutelado pelo art. 22 da nova Lei de Abuso de Autoridade. A proteção de tal bem jurídico baseia-se no art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, que consagrou a inviolabilidade da casa como um direito fundamental.

Sobre esse ponto, também ressaltei no julgamento do RE 603.616/RO que:

“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.”

Segundo os autos, reitere-se, a invasão decorreu de mera denúncia anônima, o que só ocorre nas residências dos mais vulneráveis socialmente. Trata-se de inegável expressão da seletividade inerente ao sistema penal.

Atitudes preconceituosas, discriminatórias e a violação de diversos direitos fundamentais – a começar pela dignidade da pessoa humana – são temas enfrentados e discutidos por esta Corte, como ocorre no caso destes autos.

Daí a importância de que a análise do caso concreto se oriente por marcadores sociais, evitando-se a mera postura reprodutora do senso comum teórico dos juristas (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15), alheia às condições concretas das zonas periféricas, reiteradamente alvos das agências de controle sem fundamento objetivo e idôneo. A Criminologia Crítica denomina de seleção secundária, em que códigos de segunda ordem orientam, em geral, a atuação das agências policiais, da intervenção do Ministério Público e da Magistratura. É o momento de acertar as contas com a injustiça epistêmica no domínio do Processo Penal brasileiro.

Portanto, nos termos assentados na jurisprudência e na doutrina, verifica-se a ilegalidade da busca e apreensão no caso concreto.

Ante o exposto, divirjo do relator e dou provimento ao agravo regimental para declarar a nulidade do ingresso dos policiais no domicílio do agravante e, em consequência, determinar sua absolvição, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal (RISTF, art. 21).

É o voto.