



A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E SEUS LIMITES: O CASO DO FLAGRANTE DELITO

THE INVIOABILITY OF THE HOME AND ITS LIMITS: THE CASE OF FLAGRANTE DELICT

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München (1997). É Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da PUCRS (desde 09.12.2006). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq). E-mail: iwsarlet@gmail.com

Jayme Weingartner Neto

Direito no RS / Mestre (Coimbra) e Doutor (PUCR) em Direito. Professor da UNILASSALE. Desembargador do TJRS.

Resumo

O presente artigo analisa o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio em face dos seus limites, no caso, o da prisão em flagrante delito e das circunstâncias que justificam, nos casos de crime permanente, a sua legitimação em face da ordem jurídica, pena de configuração da ilicitude da prova obtida.

Palavras-chave: inviolabilidade de domicílio - flagrante delito - crime permanente - prova ilícita

Abstract

This article analyzes the fundamental right to home inviolability in the light of its admitted restrictions, namely the case of imprisonment during the commission of a crime (in flagrante delicto) and the circumstances in which this is allowed in the case of continuous crime in order not to configure inadmissible evidence.

Keywords: home inviolability - in flagrante delicto - continuous crime - inadmissible evidence.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A conhecida imagem de que a casa de alguém é o seu castelo (*my home is my*

castle, como de há muito dizem ingleses e americanos) dá conta da importância da inviolabilidade do domicílio para a dignidade e o livre desenvolvimento da pessoa humana. Com efeito, a íntima conexão da garantia da inviolabilidade do domicílio com a esfera da vida privada e familiar lhe assegura um lugar de honra na esfera dos assim chamados direitos da integridade pessoal. Já por tal razão não é de surpreender que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e na amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais. A proteção contra ordens gerais de buscas domiciliares já constava da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, de 1776 (art. X), e na Constituição americana (4.^a Emenda à Constituição de 1791). Por outro lado, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não contivesse garantia do domicílio ou equivalente, a primeira Constituição da França, de 1791, já contemplava uma prescrição de acordo com a qual as forças militares e policiais apenas poderiam adentrar na casa de algum cidadão mediante ordem expedida pela autoridade civil competente (Título Primeiro). A certidão de nascimento de uma expressa garantia da inviolabilidade do domicílio, tal como difundida pelas constituições da atualidade, teria sido passada pela Constituição belga de 1831, que, no seu art. 10, solenemente declarava que “le domicile est inviolable”¹, muito embora, ainda que sem referência ao termo domicílio, tal proteção já tenha sido prevista na Carta Imperial brasileira de 1824, onde se falava na casa como asilo inviolável do indivíduo. De lá para cá o direito à inviolabilidade do domicílio passou a ser presença constante nos catálogos constitucionais de direitos fundamentais e mesmo do direito internacional dos direitos humanos, que aqui não serão objeto de detalhado inventário.

O que cabe enfatizar, a título introdutório, é que também na tradição constitucional brasileira, como se verá logo adiante, o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio ocupa lugar de destaque entre os direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da vida pessoal e familiar de um modo geral, guardando, de resto, íntima conexão com outros direitos fundamentais, como é o caso da proibição do aproveitamento de provas ilícitas. Este, aliás, o mote do presente texto, onde se busca, a partir do caso particular do flagrante delito, objeto, por sua vez, de densificação legislativa e jurisprudencial, examinar, à luz de caso concreto apreciado em Juízo, mas com incidência relativamente frequente, a extensão do âmbito de proteção do direito fundamental (inviolabilidade do domicílio) e os limites de atuação da autoridade policial, pena de contaminar de nulidade a prova obtida mediante a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental. Para tanto, inicia-se com uma breve análise da inviolabilidade do domicílio na sua condição de direito fundamental, para, na sequência, enfrentar o caso do flagrante delito e sua interpretação jurisprudencial.

2. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No que diz com a evolução constitucional brasileira, já na Carta Imperial de 1824 (como referido) havia previsão, na esfera dos direitos civis e políticos dos brasileiros (art. 179, VII), que “todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se

¹ HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II - Grundrechte*, München: C.H. Beck, 2007, p. 240.

poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”. Na primeira constituição republicana, de 1891, repetiram-se, em linhas gerais, os termos da Carta de 1824, pois, de acordo com o art. 72, § 11, da Constituição de 1891, “a casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescritos na lei”. O mesmo sucedeu com a Constituição de 1934, art. 113, n. 16, de acordo com o qual “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”.

Tal situação, contudo, mudou significativamente com o advento da Constituição do Estado Novo, de 1937, cujo art. 122, n. 6, embora tenha assegurado a inviolabilidade do domicílio (juntamente com o sigilo da correspondência), o fez de modo genérico, sem proibir o ingresso durante o período noturno e deixando para o legislador regulamentar as hipóteses que autorizavam a intervenção no direito mesmo sem o consentimento do seu titular. Com efeito, de acordo com o referido dispositivo, assegura-se “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. Com a redemocratização, a proteção do domicílio novamente foi objeto de reforço, de tal sorte que a Constituição de 1946, a exemplo da tradição anterior a 1937, no seu art. 141, § 15, dispôs que “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”. Mesmo elaboradas na época do regime militar, a Constituição de 1967 (art. 150, § 10) e a Emenda n. 1 de 1969 (art. 153, § 10) mantiveram em geral os termos da proteção assegurada pela Carta de 1946, pois ambos os dispositivos referidos (1967 e 1969) dispunham que “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”. Que a previsão constitucional, como costuma ocorrer em períodos de exceção, nem sempre foi levada a sério pelas autoridades policiais, judiciárias e administrativas é outro aspecto, que aqui não há como desenvolver.

No que toca ao conteúdo e limites do direito à inviolabilidade do domicílio na Constituição Federal vale destacar que a evolução da proteção do domicílio na esfera do direito constitucional e comparado acabou influenciando significativamente o constituinte de 1988. De acordo com o art. 5.º, XI, da CF, “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”. Muito embora a Constituição Federal não tenha utilizado a expressão domicílio, substituindo-a por “casa”, os termos hão de ser tomados como equivalentes, pois a proteção do domicílio, em que pese alguma variação encontrada no direito comparado no que diz com sua amplitude e eventuais pressupostos para sua restrição, é tomada em sentido amplo e não guarda relação necessária com a propriedade, mas, sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais.

Dentre os diversos problemas interpretativos que se colocam à vista da fórmula adotada pela Constituição Federal se situam basicamente os seguintes: (a) qual o conceito de domicílio para efeito da proteção constitucional; (b) quais os titulares e destinatários do direito; (c) quais os seus limites e restrições, incluída aqui (pois não se trata apenas disso) a compreensão adequada das exceções previstas pela própria

Constituição Federal, quais sejam o consentimento do morador, em caso de desastre ou flagrante delito, para prestação de socorro ou - durante o dia (?) - por ordem judicial.²[2]

Quanto ao primeiro ponto (a), ou seja, qual o conceito de domicílio para efeitos da delimitação da proteção com base no art. 5.º, XI, da CF, há que retomar a vinculação da inviolabilidade do domicílio com a proteção da vida privada e garantia do livre desenvolvimento da personalidade. A inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz, de tal sorte que a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada³. Por tal razão, o direito do domicílio, isto é, a garantia de sua inviolabilidade, não implica um direito ao domicílio.⁴

Tal noção corresponde, em termos gerais, ao entendimento dominante na esfera tanto do direito internacional dos direitos humanos, quanto ao que se pratica no direito constitucional comparado, pelo menos, cuidando-se de autênticos Estados Democráticos de Direito. Assim, apenas em caráter ilustrativo, doutrina e jurisprudência constitucional espanhola afirmam a existência de um nexos indissolúvel entre a inviolabilidade do domicílio e o direito à intimidade, que implica, em princípio, um conceito constitucional mais ampliado de domicílio que o convencional conceito jurídico-privado ou mesmo jurídico-administrativo⁵, o que também se constata no caso do direito português e alemão, sempre a privilegiar um conceito amplo de domicílio e destacando sua conexão com a garantia da dignidade humana e de um espaço indevassável para a fruição da vida privada.⁶

No Brasil, ainda mais em face dos abusos praticados especialmente (mas lamentavelmente não só) nos períodos autoritários que antecederam a Constituição Federal, não haveria de ser diferente, e a expressão “casa”, utilizada como substitutiva de “domicílio”, tem sido compreendida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência

² Tomamos como referência, considerando a similitude dos problemas relativos à interpretação do alcance da inviolabilidade do domicílio no direito comparado, os desafios apontados por ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 12.ed. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 313.

³ KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*. Band I, München: C.H. Beck, 2011, p. 377, com base em precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, designadamente BVerfGE 51, 97 (110) e 89, 1 (12).

⁴ Cf. a correta ponderação de MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 195.

⁵ Cf., na doutrina - sempre com referência a decisões do Tribunal Constitucional -, entre outros, Royo, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*, p. 313; Díez-Picazo, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*, 2. ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 304-305 e p. 308 e ss.; bem como Callejón, María Luisa Balaguer. *Derechos individuales (II)*. In: Callejón, Francisco Balaguer (coord.). *Manual de derecho constitucional*, vol. 2, p. 179 e ss.

⁶ Para o caso de Portugal, v., por todos, Miranda, Jorge; Meideiros, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 37; e Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 539-540. Da farta doutrina alemã, destaquem-se, dentre tantos, Hufen, Friedhelm. *Staatsrecht II – Grundrechte*, p. 241 e ss.; Michael, Lothar; Morlok, Martin. *Grundrechte*, p. 195-96; Kloepper, Michael. *Verfassungsrecht II*, p. 377-78; Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Staatsrecht II – Grundrechte*, 20. ed. Heidelberg: C.F. Muller, 2004, p. 231-232.

do STF, em sentido amplo, como compreendendo o espaço físico onde o indivíduo deve poder fruir de sua privacidade nas suas diversas manifestações.⁷ Assim, a casa (domicílio) que constitui o objeto de proteção da garantia da inviolabilidade consagrada pelo art. 5.º, XI, da CF é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (apartamento de habitação coletiva), são considerados abrangidos pela proteção constitucional⁸. O caráter temporário e mesmo provisório da ocupação, desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois esta, como já frisado, busca em primeira linha assegurar o direito à vida privada⁹. O STF também tem adotado um conceito amplo de casa (domicílio), nele incluindo qualquer compartimento habitado, mesmo que integrando habitação coletiva (pensão, hotel etc.), e qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou qualquer outra atividade pessoal,¹⁰[10] com direito próprio e de maneira exclusiva, ainda que não o seja em caráter definitivo ou habitual¹¹. Assim, é possível afirmar que também no direito

⁷ Nesse sentido, por exemplo, a proposição de FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 316-317.

⁸ Cf., no âmbito da produção monográfica especializada, v., por todos, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. SÃO Paulo: Malheiros, 1993, p. 76 e ss. No que diz com a manualística, v., dentre tantos: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 677 e ss.; CUNHA JÚNIOR, Dirlei da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 687; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo, 2008, p. 326-327; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102-103; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição - Direito constitucional positivo*, 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 778-779; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 187-88; NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, [s.d.], p. 290; PIVA, Otávio. *Comentários ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 e teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 82-83; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 602-603; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 611-612.

⁹ Cf., por todos, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, p. 75-76.

¹⁰ Cf., por todos, o RE 251.445-4/GO, j. 21.06.2000, rel. Min. Celso de Mello, de cuja ementa se transcreve a parte que segue: "Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5.º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4.º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5.º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local". Em sentido similar, v. o RHC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.04.2007, onde se tratava de quarto de hotel ainda ocupado. De acordo com trecho extraído da decisão "... para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer apartamento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel".

¹¹ Cf. MS 23.595, rel. Min. Celso de Mello, j. 17.12.1999.

constitucional brasileiro trata-se de um conceito funcional de domicílio (casa), que serve a uma dupla finalidade de proteção: (a) como espaço de fruição da esfera privada o domicílio abrange não apenas habitações fixas, mas também espaços móveis, que servem ao recolhimento à privacidade, como uma barraca num acampamento, um barco ou um trailer; (b) a noção de domicílio também protege um espaço livre de intervenção que diz respeito à ocupação (mediante exclusão de terceiros e da autoridade estatal) para o exercício de atividades profissionais ou outras atividades lícitas¹². Por outro lado, o fato de escritórios profissionais serem abrangidos pela proteção da inviolabilidade do domicílio não faz com que tal garantia - a despeito da conexão existente - se confunda com a preservação do sigilo profissional, tutelada por outra norma de direito fundamental (art. 5.º, XIV, da CF), o que, por sua vez, traz consequências relevantes no que diz com as peculiaridades das autorizações judiciais para a realização de buscas e apreensões, entre outros aspectos, mas que aqui não serão desenvolvidos.¹³

Titulares (portanto, sujeitos do direito) da garantia da inviolabilidade (b) são, em princípio, tanto as pessoas físicas (nacionais e estrangeiros) quanto as pessoas jurídicas, visto que se cuida de direito compatível com a sua condição.¹⁴ No caso das pessoas físicas a titularidade estende-se a todos os membros da família que residem no local, assim como em geral toda e qualquer pessoa que habita ou exerce sua atividade no local, alcançando até mesmo presos e internados nos limites de seu local de internação, ressalvadas eventuais intervenções previstas em lei.¹⁵ Importa destacar que a titularidade do direito à inviolabilidade do domicílio não depende da condição de proprietário, pois basta a posse provisória, como no caso do quarto de hotel, da barraca instalada num *camping* etc. Por outro lado, existem casos de titularidade compartilhada (múltipla), pois todos os residentes de determinada casa estão, em princípio, aptos a autorizar o ingresso de terceiros sendo maiores e capazes, de tal sorte que, em caso de conflito, a palavra final sobre a autorização do ingresso na casa cabe ao respectivo chefe da casa (tanto o homem quanto a mulher) ou representante legal da entidade, cabendo aos dependentes e subordinados a garantia da inviolabilidade das

¹² Cf. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*, p. 195-196.

¹³ Nesse sentido colaciona-se trecho extraído de decisão do STF: “O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente dela decorrentes. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do Inq 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação” (HC 91.610, j. 08.06.2010, rel. Min. Gilmar Mendes).

¹⁴ Cf., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*, p. 328.

¹⁵ Cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 541

dependências que lhes são destinadas, ressalvado o direito do chefe da casa ou superior de negar o ingresso de terceiros na residência ou estabelecimento¹⁶. No que toca às pessoas jurídicas, impõe-se um registro adicional. Considerando que em primeira linha a proteção do domicílio busca assegurar o direito à privacidade, no caso das pessoas jurídicas a inviolabilidade alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a intromissões de terceiros, portanto apenas os espaços físicos onde se situam os centros de direção da sociedade e onde são guardados documentos e outros bens que são afastados do conhecimento de outras pessoas físicas e jurídicas.¹⁷

De qualquer sorte, parece adequado que uma noção necessariamente ampliada de casa (domicílio), destinada a assegurar níveis mais eficazes de proteção, inclua as pessoas jurídicas, dadas as circunstâncias, no rol dos titulares do direito. No que concerne aos destinatários, muito embora se cuide, em primeira linha, de norma que busca proteger o indivíduo da ação estatal, também os particulares são abrangidos pelo elenco dos vinculados pelo direito fundamental, sendo-lhes vedado o ingresso na casa sem o consentimento do titular, possuidor ou ocupante, sem prejuízo da criminalização de tal conduta, representada pelo delito de violação do domicílio, além da possibilidade de uso do desforço próprio e ações civis para afastar o intruso.

No que diz com as intervenções no âmbito de proteção da inviolabilidade do domicílio (c), este não é apenas violado quando se ingressa na moradia ou escritório de alguém sem o seu consentimento, mas também quando se cuida de invasão promovida mediante a utilização de recursos tecnológicos, como o caso da escuta ambiental ou mesmo filmagens com as quais se acessam as conversas e a vida privada dos moradores, excluindo-se, todavia, perturbações provocadas por poluição sonora ou de outra natureza ou quando se tiram fotografias da casa e se controla o ingresso dos moradores e visitantes, visto que tais situações são cobertas por outros direitos fundamentais.¹⁸ Por outro lado, uma intervenção no âmbito de proteção é desde logo afastada na hipótese em que o ingresso no domicílio (moradia ou escritório) se deu com o livre consentimento do respectivo titular ou mesmo nas hipóteses de alienação do imóvel ou rescisão do contrato de locação ou arrendamento, se for o caso. De qualquer modo, presente o livre e pessoal consentimento do titular do direito, não há que falar em violação do domicílio, independentemente de o ingresso ocorrer no horário diurno ou noturno. O consentimento, além disso, não necessita ser expresso (podendo, portanto, ser tácito) nem por escrito, mas há de ser prévio e inequívoco¹⁹. Já pelo fato de ser exigido o consentimento livre e prévio do titular do direito, eventual recusa em permitir o ingresso de autoridade estatal (policial ou administrativa), a não ser no caso das hipóteses excepcionais previstas no art. 5.º, XI, da CF (flagrante delito, desastre,

¹⁶ Cf., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*, p. 328.

¹⁷ Cf., por todos, CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. Derechos individuales (II). In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). *Manual de derecho constitucional*, vol. 2, p. 179. Revelando maior reserva, v. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 540, ao ponderarem ser duvidoso que a proteção da sede das pessoas jurídicas ainda possa ser enquadrada no âmbito de proteção da inviolabilidade do domicílio, precisamente por não estar em causa a esfera da intimidade pessoal e familiar.

¹⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 540.

¹⁹ Cf., por todos, ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*, p. 314.

prestação de socorro ou ordem judicial), afasta a configuração do delito de resistência ou desobediência.²⁰

Além das hipóteses em que se verifica o prévio e livre consentimento do titular, apenas é possível ingressar no domicílio (casa, escritório ou equivalente) nos casos expressamente previstos pela Constituição Federal, quais sejam flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou, durante o dia, mediante ordem judicial.

Ao passo que as hipóteses de flagrante delito estão definidas na legislação (o ingresso no domicílio se legitima apenas quando e se configurada a figura do flagrante) - e serão tratadas especificamente a seguir, inclusive na sua relação com a ordem judicial de busca domiciliar -, as hipóteses de desastre e prestação de socorro são de definição mais difícil, não havendo parâmetro normativo fechado para sua devida compreensão e aplicação. É certo que por desastre se deve ter acontecimento (acidente humano ou natural) que efetivamente coloque em risco a vida e saúde de quem se encontra na casa, sendo o ingresso a única forma de evitar o dano. Algo semelhante se passa no caso da prestação de socorro, em que a entrada no domicílio apenas se justifica quando alguém no seu interior está correndo sério risco e não haja como obter a autorização prévia²¹. Em tais situações, importa frisar, o ingresso no domicílio poderá ocorrer também no período da noite.²²

Além das hipóteses referidas, a Constituição Federal apenas permite uma intervenção do direito na inviolabilidade do domicílio mediante ordem judicial, restringindo tal possibilidade ao período diurno. Cuida-se, portanto, de uma reserva absoluta de jurisdição que impede seja atribuída a qualquer outra autoridade pública a possibilidade de determinar o ingresso na esfera domiciliar, o que, por sua vez, corresponde ao entendimento dominante na seara da doutrina e na jurisprudência do STF,²³ de modo que outras hipóteses, ainda que previstas em lei, que permitam o ingresso no domicílio (mesmo quando se trata de agentes sanitários) ou não foram recepcionadas pela Constituição Federal - sendo anteriores - ou serão inconstitucionais.²⁴ Por outro lado, vale ressaltar que a Constituição Federal não limitou a determinação judicial de quebra da inviolabilidade de domicílio aos processos criminais, de tal sorte que também para outros fins o Poder Judiciário, desde que mediante decisão fundamentada, poderá determinar a entrada no domicílio.²⁵

Tendo em conta que a própria Constituição Federal restringe inclusive a atuação do Poder Judiciário no que diz com a autorização da quebra da inviolabilidade do

²⁰ Nesse sentido, v., da jurisprudência do STF, o RE 460.880/RS, j. 25.09.2007, rel. Min. Marco Aurélio, de cuja ementa se transcreve o trecho que segue: "Domicílio - Inviolabilidade noturna – Crime de resistência - Ausência de configuração. A garantia constitucional do inciso XI do art. 5.º da Carta da República, a preservar a inviolabilidade do domicílio durante o período noturno, alcança também ordem judicial, não cabendo cogitar de crime de resistência". Na doutrina, v., no mesmo sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais - Teoria geral*, p. 147.

²¹ Cf., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*, p. 329.

²² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 543.

²³ Cf., por exemplo, o MS 23.642/DF, j. 29.11.2000, rel. Min. Néri da Silveira, no qual se afastou até mesmo a legitimidade de comissão parlamentar de inquérito para determinar a busca domiciliar.

²⁴ Cf., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 329.

²⁵ Nesse sentido, v. MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*, p. 133.

domicílio, assume relevo a discussão em torno de qual o período que pode ser considerado como diurno. Quanto a tal aspecto, contudo, doutrina e jurisprudência não oferecem resposta unânime, havendo quem diga que o ingresso por ordem judicial somente poderá ocorrer entre as 6 e 18 horas,²⁶ ao passo que para outros se trata do período entre o nascer e o pôr do sol.²⁷ Em caráter alternativo, argumenta-se que o período diurno não poderá ultrapassar doze horas (metade do total de horas que compõem um dia) ainda que exista luminosidade, evitando-se a insegurança (e as arbitrariedades que daí podem decorrer²⁸) de um controle baseado no critério da luminosidade solar, portanto, do nascer e do pôr do sol.²⁹ Tendo em conta o critério da máxima proteção do direito e da segurança jurídica que, de resto, constitui direito fundamental autônomo, a adoção do critério das 6 às 18 horas (de resto, adequada às variações provocadas pelo assim chamado horário de verão ou fuso horário) ou outro parâmetro uniforme que a lei venha a estabelecer, desde que preservado o espírito da Constituição Federal de que o ingresso deve ocorrer durante o dia, se revela como o mais adequado.

Mas o próprio Poder Judiciário tem revelado preocupação quanto ao rigor procedimental que deve atender mesmo aos casos nos quais o ingresso domiciliar se dá com base em decisão judicial. Nesse sentido transcrevem-se trechos de decisão do STF que bem expressam a preocupação que de modo geral tem sido veiculada em outros julgados: “De que vale declarar a Constituição que 'a casa é asilo inviolável do indivíduo' (art. 5.º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica 'devassa'. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro, usado contra quem se pretenda atingir” (HC 95.009, j. 06.11.2008, rel. Min. Eros Grau).

Importante consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada como irremediavelmente contaminada e ilícita (ponto a ser desenvolvido no próximo item), não podendo ser utilizada, ainda que

²⁶ Esta a posição, entre outros, de CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 689, e SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed., p. 103; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*, p. 613; bem como AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 135.

²⁷ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, p. 114; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*, p. 329; e NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 289.

²⁸ Cf. as ponderações de AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, p. 135.

²⁹ Cf., entre outros, TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 681; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 188-189.

o Poder Público não tenha participado do ato da invasão³⁰. Todavia, muito embora este seja o entendimento dominante, há que registrar a existência de caso apreciado pelo STF em que, na hipótese de ingresso durante o período noturno e de instalação de instrumento de captação acústica em escritório de advocacia, com o intuito de obter prova de crime atribuído ao próprio titular do escritório (portanto, titular do direito a inviolabilidade do domicílio), acabou - mediante recurso aos critérios da concordância prática e da proporcionalidade - sendo autorizada a utilização da prova obtida.[31] Tal precedente - somado à falta de uma expressa reserva legal no texto do art. 5.º, XI, da CF - alimenta a discussão sobre a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas no âmbito de proteção da garantia da inviolabilidade do domicílio, a exemplo do que ocorre no caso dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem, temática que aqui não iremos desenvolver.

Assentadas as bases da tutela constitucional da inviolabilidade do domicílio, passamos, no próximo segmento, a focar as hipóteses de flagrante delito, nomeadamente em caso de crimes permanentes, na busca de critérios para solução constitucionalmente adequada, capaz de harmonizar as necessidades de persecução penal com as exigências de preservar-se o direito fundamental envolvido. E com olhos numa constelação fática bastante invocada na jurisprudência brasileira.

3. A SITUAÇÃO DE FLAGRANTE COMO INTERVENÇÃO RESTRITIVA: UMA PROPOSTA DE CONTROLE JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Na práxis do processo penal brasileiro não é incomum que, diante de crimes graves como o tráfico de drogas (hediondo por equiparação) e a posse (em geral), mas também o porte (nalgumas figuras típicas) de arma de fogo de uso permitido ou restrito, ocorram prisões em flagrante quando tais delitos estariam ocorrendo no espaço domiciliar do sujeito ativo³¹. Amiúde, em tais casos, a defesa postula, em preliminar, o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas e, em consequência, a declaração da nulidade nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, pois a apreensão de drogas ou armas teria se dado no domicílio do réu sem autorização judicial e ausente situação de flagrância. Uma resposta jurisprudencial usual, e até onde podemos identificar majoritária, afasta tal alegação, considerando que o tráfico de drogas ou a posse de arma configuram crime permanente,³² pelo que o ingresso dos policiais no interior do imóvel sem a devida autorização estaria juridicamente justificado, quando

³⁰ Nesse sentido, v. os precedentes em RE 251.445/GO, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2000; HC 82.788/RJ, j. 12.04.2005, rel. Min. Celso de Mello; e RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello.

³¹ Confira-se, por exemplo, Apelação Crime nº 70052586211, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Jayme Weingartner Neto, julgado em 09/01/2013.

³² “Aqui, é importante esclarecer que, pela forma de consumação, os tipos costumam ser distinguidos em instantâneos e permanentes. Chama-se delito instantâneo aquele que tem apenas um momento consumativo, e permanente, o que tem um estado consumativo, isto é, em que a consumação se prolonga no tempo, como sucede com o sequestro. Não é o resultado que se protraí, mas a própria consumação.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 702).

evidenciado o estado de flagrância³³. Vale dizer, a (efetiva) falta de mandado judicial para o ingresso na residência não invalidaria a prova obtida, pois o réu estava em situação de flagrante delito, hipótese autorizada pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal. Citam-se, inclusive, precedentes do STF (HC 86.082-6) e do STJ (HC 188.195), em abono da tese, que serão comentados adiante.

Creemos, todavia, que o critério capaz de deslindar a polêmica é, por óbvio, a verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio - que se opera no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé. Se o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual-penal, então vão comprometidas as provas da materialidade dos delitos de tráfico, receptação e porte ilegal de arma, por exemplo.

Adiantamos, em estilo sumular, o parâmetro: sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da abordagem do caso concreto devem evidenciar “ex ante” situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu, durante o dia e, mais ainda, à noite, sem permissão e sem mandado de busca e apreensão.

Explicamo-nos. A Constituição Federal, já visto, não proíbe a entrada em casa alheia, ainda que à noite, para fazer cessar prática delitiva, em caso de flagrante – ou desastre, ou para prestar socorro, tudo isso sem determinação judicial (artigo 5º, LXI, CF). O crime de tráfico de drogas (adotemos este suporte fático) é permanente, podendo a prisão em flagrante ocorrer, inclusive no período noturno, independentemente da expedição de mandado judicial, determinação judicial que, aliás, só pode ser cumprida durante o dia.

Para além da paráfrase do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, é de recuperar que a regra é a inviolabilidade (a casa como asilo do indivíduo), restringindo-se a tutela constitucional naqueles casos elencados no próprio dispositivo, que funcionam, então, como elementos excepcionais, como tais devendo ser interpretados e aplicados, sempre em harmonia com o programa normativo, que é de proteção do indivíduo. Vale dizer que, se há limites ao direito fundamental em tela, e há, também há limites para tais limites, de maneira que não reste esvaziado o conteúdo garantista do preceito.³⁴

O ambiente vital, que confere horizonte de sentido à ordem jurídica em análise, é o Estado democrático de direito, que procura conciliar os dois corações do atual Estado Constitucional, o princípio majoritário (governo da maioria, com soberania popular), e a proteção aos direitos e garantias fundamentais, inclusive da minoria. Em traço largo, afirmados constitucionalmente os direitos fundamentais, limitá-los e restringi-los é tarefa cometida, a priori, ao legislador e, na dinâmica social, ao Poder Judiciário - em ambos os casos, mediante atenção aos critérios da proporcionalidade, não sendo demais lembrar que a dogmática da proibição de excesso decorre da necessidade de estabelecer parâmetros racionais de controle ao exercício do poder de polícia administrativo, questão datada e localizada nos estados germânicos ao longo do

³³ O que decorre, também, da singela disposição do art. 303 do Código de Processo Penal, *verbis*: “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

³⁴ Pra uma noção conceitual da categoria conhecida como *limites aos limites dos direitos fundamentais*, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 394-404.

século XIX. Daí a noção de reserva de jurisdição para restrição de direitos fundamentais, nomeadamente as intervenções restritivas do processo penal. A privação da liberdade, a mais intensa intervenção estatal, em face da presunção de inocência, pressupõe trânsito em julgado de sentença condenatória. As exceções, prisão temporária e preventiva, passam, sempre, pelo prévio crivo jurisdicional. O flagrante, pela óbvia inviabilidade de controle anterior - verificado o perigo na demora, por qualquer do povo e mormente pelos agentes estatais no exercício do poder de polícia -, é imediatamente submetido ao juiz.

No que pertine ao caso, recolher prova, investigar por meio de escuta telefônica e busca domiciliar, por exemplo, traduz evidente ingerência em direitos fundamentais. Já se vão formando algumas ideias força, fruto de relativa convergência doutrinária³⁵ e de precedentes judiciais (especialmente alemães), aplicáveis à atividade jurisdicional de ingerência: (i) a competência, em regra, é do juiz, sendo excepcionalmente cometida aos órgãos de investigação (e mais ainda, acrescentamos, ao órgãos de policiamento ostensivo); (ii) a regra é a intervenção judicial prévia, sendo excepcional a intervenção judicial após o início da execução da medida; (iii) “Importando uma transferência excepcional de competência, em que a garantia da protecção judicial do direito cede perante o imperativo policial de urgência para a investigação e, desempenhando a reserva de competência atribuída ao juiz uma função de protecção dos direitos fundamentais, o conceito de perigo na demora exige interpretação restritiva, devendo a sua aplicação ser controlada pelo tribunal, com apelo aos princípios e técnicas já desenvolvidos no direito administrativo (e em especial no direito policial) relativamente aos conceitos indeterminados”.

Trata-se de densificar critérios que devem reger a atividade policial (certamente submetida à proporcionalidade e num primeiro momento postos pelo legislador) e no sentido de objetivar o controle judicial, idealmente prévio, às vezes a posteriori, de atuação do Estado-Polícia, sobrecarregado, em nossa sensibilidade, entre deveres de atuação e prevenção na segurança pública, de um lado; e de produção de provas hábeis a instruir a persecução penal, por outro, já que é inteiramente legítima e decorre de um dever geral de protecção a perseguição penal dos delinquentes no interesse da comunidade.

Assim que a inadmissibilidade de provas ilícitas, que devem ser desentranhadas do processo, na esteira do art. 157 do CPP, é concreto desafio ao controle judicial posterior apto a expurgar as provas produzidas com violação ou restrição desproporcional a direitos fundamentais. Vale dizer, só devem subsistir, a amparar o provimento jurisdicional, provas produzidas de acordo com as regras do jogo. À látera e empiricamente, pensamos que a efetividade do sistema penal passa muito pelo aperfeiçoamento da colheita da prova, por razões de eficiência e justiça.

No escopo de encontrar diretrizes materiais para aferição do caso concreto, que permitam coerência dogmática, e cientes de que e opera, muitas vezes, com casos difíceis - e no propósito de diálogo com a jurisprudência e os órgãos de segurança pública, avançamos. Se a intervenção do juiz em regra deve ser prévia à restrição, cabe-lhe igualmente “o controle da verificação dos pressupostos da situação de perigo na demora no caso de intervenção dos órgãos de investigação em sua substituição”. E há duplo risco de frustração da reserva do juiz de ingerência: (a) transformar a exceção

³⁵ Seguimos a síntese conclusiva de MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 433-51.

(controle posterior) em regra; (b) emprestar excessiva ambiguidade e vagueza aos parâmetros legais que autorizam as intervenções.

Destacam-se, ainda, quatro tópicos para deslindar os casos que se encaixem na constelação fática em apreço: (i) “Os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, em conjugação com o princípio da legalidade, obrigam o juiz a indicar os concretos fundamentos com que justifica a autorização da medida restritiva de direitos, isto é, com base em que concreta suspeita (factos indiciados e delimitação temporal dos mesmos) se impõe a medida de investigação restritiva do direito. Não basta a invocação da norma legal, tão-pouco a mera repetição das palavras da lei.”; (ii) “O conceito de perigo na demora deve ser interpretado de modo restritivo. Os órgãos de investigação apenas devem poder agir se, efectivamente, se verificar perigo na demora. A situação de perigo terá, portanto, de ser demonstrada com base em factos concretos.”; (iii) “A decisão judicial de validação de uma medida restritiva de direitos deve assegurar os mesmos padrões de exigência impostos à medida de autorização (...).”; (iv) “A verificação de perigo na demora tem de ser judicialmente sindicável”.³⁶

Escorados em tal gramática, é de voltar os olhos para as tensões fáticas. Em síntese, a inviolabilidade do domicílio é a regra; excepcionalmente, diante de “fundadas razões” (fatos indiciados e delimitados temporalmente), o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito – nesta última hipótese, a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas ex ante), pelo juiz.

Sempre, contudo, que os elementos presentes nos autos não forem suficientes para comprovar a ocorrência de situação de flagrante perceptível do ponto de vista dos policiais, que se encontravam fora da residência do réu, então a conclusão só pode ser pela ilicitude da prova material eventualmente colhida. Reiteramos que o respectivo juízo cognitivo, para ser racional e controlável, só pode aceitar-se ex ante. Tampouco se cogita da licitude da diligência policial para realizar busca domiciliar, nos termos do artigo 240, § 1º, “a”, do Código de Processo Penal³⁷, pois teria que ser previamente determinado pelo juiz.

Figure-se o seguinte contexto fático: são usuais declarações policiais no sentido de que havia denúncias (não identificadas, são anônimas, rumores - o que enfraquece o teor informativo, mormente quando não circunstanciadas) acerca de eventual traficância perpetrada pelo réu e que, no momento da prisão, estavam em patrulhamento, presume-se que de rotina, quando avistaram o réu em frente à casa onde ele morava (sabiam que era seu domicílio). Quando tentaram abordá-lo, ele correu e entrou na casa. Foi perseguido e contido já dentro da residência, ocasião em que, na revista pessoal, foram encontradas, em seu bolso, 54 petecas de cocaína. Nas buscas no interior da residência, que os policiais atestam que teriam sido autorizadas pelo acusado e sua mãe, foi apreendido o restante da droga (05 porções de maconha, pesando aproximadamente 90g; 01 porção de crack, pesando 125g; 04 porções de

³⁶ MATA-MOUROS, op. cit., pp. 449-50 - grifamos.

³⁷ Art. 240, §1º, “a”, CPP. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos.

cocaína e 26 pedras de cocaína, as quais juntamente com as outras 54 encontradas com o réu pesavam um total de 180g). Também foi encontrada uma balança de precisão, vinte e um aparelhos celulares, a quantia de R\$ 1.325,00 e uma espingarda calibre 12, arma que se verificou ser objeto de furto.

O que se tem, então, do teor das próprias declarações dos policiais, é que o réu estava em frente à sua casa, quando os agentes estatais decidiram abordá-lo. Os policiais mencionam apenas ter informações sobre eventual tráfico perpetrado pelo réu. Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Acerca da tentativa de abordagem, não há menção à qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, movimentação típica de comercialização de drogas, ato suspeito de entrega sub-reptícia de substância a terceiro. Não se tratava de averiguação de denúncia atual, acerca da ocorrência de tráfico naquele momento (a significar ausência de fato indiciado e delimitação temporal). Apenas avistaram o réu e, quando tentaram abordá-lo, este adentrou a sua residência (repare-se que a concentração fático-temporal, tudo se passando muito próximo e rápido, na dinâmica da vida real, torna nebulosa até a caracterização de “fuga”). A situação, portanto, revela mera suspeita. O fato ocorreu durante a noite, por volta das 23 horas. O Magistrado, diante da reserva de ingerência, não poderia determinar busca domiciliar naquele horário e não teria fundadas razões para deferi-la. Com base nesse substrato fático, aliás, costumam aportar duas versões: temos, em princípio (e claro que a depender da prova) como pontualmente menos verossímil (do que a negativa do réu) a narrativa dos agentes policiais de que obtiveram autorização dos moradores para a busca domiciliar, tanto por colidir com as regras da experiência, mormente instalada situação aguda de conflito, quanto por ser controvertida se vontade eventualmente externada não estaria viciada (paciente de busca pessoal, dominado, preso, sob intensa pressão). Seja como for, a pretendida autorização seria irrelevante, pois a diligência já estava maculada pela violação do domicílio, antecedente necessário para a busca pessoal.

Este tipo de diligência policial, conjectura-se, origina-se possivelmente de premissa inaceitável em nosso sistema constitucional, o direito penal do autor (o réu encontrava-se parado, estático, em frente à sua casa), cujo mecanismo, simplificada e parte de informes pretéritos, no mais das vezes anônimos, que assentam a etiqueta de que o indivíduo “é” traficante. A seguir, quando aleatoriamente a polícia depara-se com “o” traficante, vislumbra “atitude” suspeita, que autorizaria, neste contexto, busca pessoal. Às vezes, apreende drogas com “o” suspeito. Quando a quantidade e as particularidades não são notórias em si, amiúde “o” traficante transmuda-se em, no máximo, “o” usuário – na baliza do Poder Judiciário. Efeitos colaterais: a dúvida instala-se com demasiada facilidade, pela ausência de outros elementos de convicção (que não “o” conhecimento incontestável dos policiais), gerando as naturais desclassificações e absolvições; e nas largas malhas da dúvida, é certo que muitos traficantes encontram guarida. O sistema, assim, permite-se conviver com injustiças e ineficiência.

Observamos que o marco constitucional-legal aponta via diversa, tendo como pedra angular o direito penal do fato. Assim, não a atitude suspeita, mas apenas “fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados” autoriza busca pessoal, na exata dicção do § 2º do art. 240 do CPP. Implicando séria restrição da intimidade, direito fundamental (CF, art. 5º, inciso X), a rigor deveria, no plano ideal, também ser precedida de mandado judicial, mas o perigo na demora, a autorizar a diligência policial, já vai considerado pelo legislador no art. 244, nos casos de prisão, ou de (repete-se a locução) “fundada suspeita” de que esteja

na posse de arma ou de outro corpo de delito, ou quando a medida for desdobramento de busca domiciliar.

Suspeita, para ser fundada, é intuitivo, precisa fundar-se, amparar-se em elementos objetivos – sem descuidar nuances subjetivas, desde que externalizáveis (daí o direito penal do fato) –, ainda que indiciados. O foco, nesta hipótese, não seria “o” traficante, mas condutas e atos, minimamente circunstanciados e que, na experiência policial, no “*id quod plerumque fit*”, ou até mesmo na intuição sagaz do agente estatal, constituem motivação idônea, é dizer, racional, para a ingerência em direito fundamental. Ademais, o pressuposto para a busca pessoal autônoma sem mandado, naturalmente, é que o sujeito objeto da medida esteja em via pública, salvo prisão e desdobramento de busca domiciliar, bem como, naturalmente, fuga da abordagem, o que pode substanciar “fundada suspeita”.

Quanto à busca domiciliar, a exigência é robustecida, lógica e axiologicamente, somente sendo deferida quando fundadas razões a autorizem e para as finalidades elencadas nas alíneas “a” a “h” do citado art. 240 do CPP. A motivação, agora, a par de idônea e racional, é necessariamente concreta e com grau apertado de fundamentação. Por outro lado, salvo situação muito peculiar, cujo ônus demonstrativo é de quem a alegar, de uma busca pessoal (ainda que exitosa) não se passa, num salto pelos direitos e garantias fundamentais, a uma busca domiciliar.

Num terceiro patamar de intervenção, considerando o gravame, assomam os casos de flagrante delito, em que a urgência, o perigo na demora, faz com que o sistema constitucional delegue a qualquer do povo a possibilidade de restringir o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio. Se a premência e a emoção da vida real nem sempre permitem juízo prudente e ponderação cautelosa, o mínimo que se exige, pena de esvaziar a garantia, é que a situação de flagrante seja percebida ‘*ex ante*’ pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. Do contrário, o que se tem são fundadas razões (para solicitar mandado de busca domiciliar) ou mera suspeita (a indicar que se deve aprofundar a investigação). Em nenhum dos casos, todavia, o sistema constitucional autoriza a violação do domicílio.

A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante, com o devido respeito aos que pensam diversamente, é mero acaso, mas não cremos que o Estado democrático de direito jogue dados com seus cidadãos. Não percebida a situação de flagrante, visto que o executor da ingerência não consegue justificar racionalmente porque sua crença era pelo menos verossímil, não há como sindicá-la a proporcionalidade da medida – na ausência de circunstâncias minimamente externalizadas que permitam aferição intersubjetiva. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, *ipso facto*, irracional e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional.

Nem é justo para com o agente policial, gize-se, colocá-lo, pressionado pela mídia e pela sociedade, na disjuntiva do tudo ou nada: há de arriscar-se no escuro (muitas vezes literalmente, pois na calada da noite); se encontrar algo, honra ao mérito; se infrutífera a busca, sujeita-se a responder por ilícita violação de domicílio. Aventamos, todavia e noutra linha, que se estiver de boa fé e na prossecução de legítimo interesse público, na percepção, ainda que errônea, de um caso de flagrante, então a sistemática do erro é suficiente para dar conta do problema, cabível, sindicadas as circunstâncias, que a sociedade assumo o risco (que sempre pode ser indenizado,

no cível, ao morador inocente).³⁸

Portanto, no contexto fático figurado, pese a boa-fé dos policiais, não há elementos objetivos e racionais a caracterizar, 'ex ante', situação de flagrância, na perspectiva do quem está fora da residência. Daí porque, em sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal, desautorizada estava a invasão da casa/domicílio, por qualquer um, aí incluídos os policiais, cujo ingresso, repetimos, autoriza-se apenas nas exceções permitidas pelo preceito constitucional (flagrante delito, desastre, prestação de socorro e cumprimento, durante o dia, de mandado judicial).

Nesse diapasão, a prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio é ilícita, não porque ausente mandado de busca e apreensão, mas sim porque ausentes, no momento da diligência, mínimos elementos indiciários da ocorrência do delito cujo estado flagrancial se protraí no tempo em face da natureza permanente e, assim, autoriza o ingresso na residência sem que se fale em ilicitude das provas obtidas ou em violação de domicílio. Acresce que, sendo o perigo na demora vetor decisivo para que o flagrante autorize a entrada no domicílio, nos crimes permanentes (nomeadamente na figura estática de manter em depósito drogas), a intensidade desta razão diminui, já que, em tese, viável socorrer-se de mandado judicial, diferente da intervenção para evitar-se a consumação de um delito instantâneo, como um homicídio, ou de desmesurada indignidade, como a tortura, por exemplo.

De novo, à exaustão. A mera informação, de que o réu é traficante, gravita na esfera das suposições. É estática e não passa de etiqueta acoplada ao ser humano. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio – parece-nos solar o vício lógico do non sequitur. Diversamente, a situação de flagrante, mesmo de um crime permanente, é dinâmica, e demanda, para sua mínima caracterização, amparo em fatos concretos e atuais, que hão de ser, ao menos, passíveis de exteriorização e individualização.

A informação acerca de eventual traficância praticada pelo réu, embora possa autorizar a abordagem policial, na via pública, para averiguação (caracterizando-se fundada suspeita), não é, por si só, indicativo suficiente da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial.

Não se está aqui a presumir a ocorrência de abuso, arbitrariedade ou mesmo má-fé na atuação policial, uma vez que, na multifacetada vida real, em especial em face de algumas atitudes narradas pelos agentes estatais (sujeito que se esquivava da

³⁸ Certo que noutra intencionalidade e em horizonte diverso (liberdade de expressão e crimes contra a honra/privacidade), o coautor Jayme desenvolveu o instituto da prossecução de interesses legítimos - e cremos que alguma analogia é viável - causa de justificação que o direito penal português foi buscar na Alemanha e que se enquadra na categoria dogmática das causas de exclusão da ilicitude, assente no princípio do risco permitido integrado com a ponderação de interesses (WEINGARTNER NETO, Jayme. Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, passim). Quanto à dimensão cível, confira-se: Reexame Necessário Nº 70042897314, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 22/06/2011.

abordagem, por exemplo), é muitas vezes tênue a distinção dos limites circunstanciais entre a legitimidade da ação e a afetação do direito à inviolabilidade do domicílio. Mesmo porque o fato externo, em si, é griseo (pode-se figurar que, próximo ao portão, por prudência, o cidadão recolhe-se ao recesso do lar, com dois ou três passos, diante da aproximação de patrulha policial, para evitar confusão ou bala perdida, ou, mesmo, a reiteração de incômodas e às vezes humilhantes abordagens).

Não se pretende, de forma alguma, nunca é demais deixar claro, enfraquecer a atuação policial. Nesta senda, agregamos duas considerações: primeiro, desimporta a etiqueta verbal, pois é repetida a fórmula, em depoimentos judiciais, de que o sujeito estava em atitude suspeita, quando, no mais das vezes, o conceito é de fundada suspeita, que deflui perfeitamente do contexto da abordagem (cabe, é claro, às partes do processo penal, acusação e defesa, controverterem, eventualmente, tal circunstância, de modo a esclarecê-la); segundo, a percepção da situação de flagrante é suficiente para desencadear uma série de atividades policiais dinâmicas, inclusive nos desdobramentos usuais de perseguição em caso de fuga.³⁹

Resta, ainda, verificar se a solução preconizada colidiria com os precedentes dos tribunais superiores. Respondemos negativamente, parecendo-nos, em vez disso, que se coaduna com tal jurisprudência. Para demonstração da correção da resposta, iniciamos pelo paradigma do STF. No caso, trata-se do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 86.082-6, Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 05/8/2008, unânime. Em suma, a alegação de prova ilícita (denúncia anônima e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio) foi afastada em face do estado de flagrância decorrente do crime permanente (tráfico de substância entorpecente). Da simples leitura da ementa percebe-se que o flagrante resultou de diligências policiais após denúncia anônima, com “elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal”, sendo que revolver o substrato fático-probatório era inviável em sede de habeas corpus.

Do voto da eminente Relatora, extrai-se que as investigações começaram com uma denúncia anônima (ligação de telefone celular dando conta de que um avião com grande quantidade de maconha acidentara-se ao aterrar numa fazenda das proximidades), em função da qual os policiais formaram uma equipe com dois veículos e, no caminho, cruzaram com uma camionete tripulada por dois suspeitos que, em fuga, jogaram fora um pedaço da fuselagem de um avião. Ao chegarem à fazenda, encontraram o avião e 470kg de maconha escondida no mato, coberta por lona preta. Nos autos, ainda, informação da polícia civil de “uma ligação anônima” que referia, na localidade de Pindayassu, ter visualizado diversas vezes uma aeronave pousar numa

³⁹ “Relativamente ao flagrante como escusa permissiva da invasão domiciliar desautorizada, é preciso ter em mente que este se classifica em próprio, impróprio e presumido. (... [discorre sobre as hipóteses do artigo 302, incisos I, II, III e IV, do CPP]) Pois bem, para fins de ser realizada a busca domiciliar sem ordem judicial, basta que se considere o agente em situação de flagrância, não importando qual a modalidade de flagrante tenha se operado na espécie concreta, visto não fazer a Constituição Federal nenhuma ressalva a respeito.” (AVENA, op. cit., p. 628). No mesmo sentido: “A Constituição estabelece exceções à inviolabilidade, que não é absoluta. A qualquer momento é lícito o ingresso no domicílio alheio em caso de flagrante delito, conceito que cabe ao legislador definir. A polícia, dando perseguição ao agente que acabou de cometer um crime, e que se homiziou na sua casa, pode adentrá-la. Quebrado o flagrante, contudo, a invasão é proibida.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Direitos Fundamentais em espécie” In Curso de Direito Constitucional. MENDES, Gilmar (org)/COELHO, Inocêncio Mártires. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 483).

das granjas, fora da temporada de plantio e pulverização de arroz, indicando alguma atividade ilícita. Neste contexto, o STF considerou que os dados repassados ao policial civil (oriundos de denúncia anônima) “ensejaram a realização de diligência policial, sendo que no trajeto ao local indicado sobrevieram elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. (...) Há elementos que apontam, no caso concreto, para a situação de flagrância (...) a autorizar que os policiais possam adentrar o domicílio das pessoas suspeitas sem necessidade de ordem judicial para o fim de reprimir e fazer cessar a prática delituosa.”

Como se vê, verifica-se uma distância oceânica dos casos de mera suspeita a desencadear a violação do domicílio, sendo o único elemento comum o conceito dogmático de crime permanente a revestir o tráfico (nalgumas modalidades do tipo de conduta múltipla previsto no art. 33 da Lei de Drogas). Fica claro, então, como afirmamos antes, que a natureza de crime permanente não autoriza flagrante sem que se perceba, via elementos concretos (ainda que indiciários), mercê de diligências policiais (ou até do acaso), a situação de flagrância.

Destacamos, a seguir, decisão do STJ no Habeas Corpus nº 188.195 – DF, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/10/2011. No caso, os policiais adentraram na residência do réu sem mandado judicial e apreenderam 314 latas metálicas de merla (um composto do alcalóide cocaína), substância que era mantida em depósito e que perfazia um toda de mais de 9kg de massa bruta, além de outras porções de crack e de outra forma compactada do alcalóide. Refere o voto do Relator que o Tribunal a quo, ao rejeitar a preliminar que buscava o reconhecimento de que a prova era ilícita, destacara as circunstâncias da situação de flagrante. Provocados por denúncia anônima, dirigiram-se os policiais ao local da apontada traficância, “e, ao avistarem por debaixo do portão da casa uma lata com formato igual àquela utilizada para guardar merla, adentraram na residência (...) os policiais avistaram, por baixo do portão, em uma fresta, em cima da caixa de gordura, uma lata semelhante à usada para guardar merla”. Daí a conclusão, ratificada pelo STJ, de que não houve irregularidade/ilegalidade “na conduta dos policiais que tinham o dever de verificar a veracidade da denúncia, e, diante de fortes indícios da prática do crime no interior da residência do réu, realizaram o flagrante. Desta feita, a diligência realizada foi apenas uma das etapas da apreensão de droga, precedida inicialmente pela denúncia anônima que culminou por ser devidamente confirmada”.

Mais uma vez, mercê de diligência policial, colheu-se indício visual da existência de drogas, sempre ex ante ao ingresso no domicílio, ou seja, a situação de flagrante foi percebida pelos agentes policiais, da perspectiva de quem está fora da casa.⁴⁰

⁴⁰ Referem-se, pela similitude, dois precedentes da justiça gaúcha: Apelação crime nº 70042588988, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 10/11/2011 e Apelação crime nº 70049459191, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/10/2012. Citam-se trechos das respectivas ementas: “A autorização constitucional de ingresso em domicílio alheio nos casos de flagrante delito depende da existência de indícios concretos da prática do crime no local e no exato instante. Ausente esses indícios, o ingresso no local depende de autorização judicial.”; “Ausência de indícios concretos e convergentes de que o quarto do hotel era um ponto de tráfico, ou mesmo da existência de drogas no local. Abordagem do acusado na rua. Ausente qualquer justificativa para o ingresso desautorizado dos policiais no domicílio do réu. Ilícitude que contamina o restante do contexto probatório.”..

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

De todo o exposto, resulta que em termos gerais, o direito à inviolabilidade do domicílio, por conta de determinadas práticas policiais descritas quando do exame dos casos concretos noticiados, de modo especial quando se busca justificar e legitimar juridicamente a restrição do direito fundamental por conta de uma perseguição motivada por mera conduta ou atitude suspeita, é inconciliável com a imposição constitucional de interpretação restritiva das intervenções restritivas em direitos fundamentais. No caso da inviolabilidade do domicílio, como já demonstrado, as exceções são as previstas expressamente pelo Constituição Federal. A utilização da hipótese de flagrante delito como “porteira aberta” para ingerências manifestamente abusivas, para além de inconsistentes com os critérios da proporcionalidade, tal como já vem decidindo os nossos Tribunais Superiores, sempre à vista das circunstâncias do caso concreto, é de ser censurada, pena de transformar a exceção em regra e limitar o direito fundamental a uma mera previsão formal no texto constitucional. É nossa esperança de que o presente artigo possa contribuir para o deslinde de tal problema e para avançar uma dogmática constitucionalmente conforme no tocante à teoria e prática da inviolabilidade do domicílio no direito brasileiro.

Recebido em 07/08/2013
Aprovado em 27/08/2013