

A COLISÃO ENTRE A PRISÃO EM FLAGRANTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Almir Santos Reis Junior

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Atualmente é professor adjunto do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM)
Professor convidado do curso de Doutorado em Direito Público, da Universidade Católica de Moçambique
Advogado, subseção de Maringá
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6228-274X>
e-mail: almir.crime@gmail.com

Eduarda Dias Dadalto

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-4274-980X>
e-mail: dadaltoeduarda@gmail.com

Recebido em: 03/03/2023

Aprovado em: 05/12/2023

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito em crimes permanentes, mais especificamente em relação ao crime de tráfico de drogas, que não recebe a devida atenção por parte do ordenamento jurídico pátrio. Referida análise abordará elementos objetivos e subjetivos que são utilizados para, em tese, legitimar a aplicação da excepcionalidade da violação domiciliar, que foram reformulados após a fixação do Tema nº 280, da sistemática de repercussão geral, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO. Para concretização desta pesquisa adotou-se o método hipotético-dedutivo que consistiu no levantamento de hipóteses e, por consequência, sua aplicação para busca de verdades, ainda que provisórias, por meio do falseamento de hipóteses. Ao final, chegou-se à conclusão de que a medida correta a se tomar pelos agentes policiais, quando estão diante de uma situação de flagrância em crime permanente, é requerer, por meio da autoridade policial, mandado de busca e apreensão domiciliar, já que as fundadas razões para o ingresso no domicílio do sujeito só são justificadas quando há perigo na demora no sentido de que as provas do crime serão maculadas. Além disso, verificou-se que é implícito o vício do consentimento do morador na autorização do ingresso em seu domicílio em razão da intimidação ambiental que está submetido o agente.

Palavras-chave: flagrante delito; crime permanente; inviolabilidade de domicílio; fundadas razões.

THE COLLISION BETWEEN FLAGRANT ARREST AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DOMICILE INVIOABILITY

ABSTRACT

This work aims to analyze domicile inviolability in cases of flagrant crime in permanent crimes, specifically regarding drug trafficking, which does not receive due attention from the national legal system. This analysis will address objective and subjective elements that are used to, in theory, legitimize the exceptional violation of the home, which were reformulated after the establishment of Theme No. 280 of the general repercussion system, judged by the Federal Supreme Court in the trial of RE 603.616/RO. To carry out this research, the hypothetical-deductive method was adopted, which consisted of raising hypotheses and, consequently, their application to search for truths, even if provisional, through the falsification of hypotheses. In the end, it was concluded that the correct measure for police officers to take when faced with a situation of flagrant crime in permanent crimes, is to request a search and seizure warrant through the police authority, since reasonable grounds for entry into the subject's domicile are only justified when there is a risk of delay in the sense that evidence of the crime will be tainted. Additionally, it was found that there is an implicit flaw in the resident's consent to authorize entry into their home due to the environmental intimidation to which the agent is subjected.

Keywords: flagrant crime; permanent crime; domicile inviolability; reasonable grounds.

1 INTRODUÇÃO

A inviolabilidade de domicílio em caso de flagrante delito, especialmente em relação ao delito de tráfico de drogas, é tema objeto de ferventes discussões jurisprudenciais e doutrinárias. Isso se dá porque a sociedade vislumbra como necessidade a punição dos suspeitos, independente dos meios que levam os agentes policiais a angariarem provas para demonstrar a materialidade do crime e os indícios de autoria ou participação delitiva, como se os fins justificassem os meios, o que é incompatível com o processo penal à luz da Carta da República, de 1988.

Por ser assim, surge a necessidade de estudar e analisar os elementos objetivos e subjetivos que são utilizados para legitimar a aplicação constitucional da exceção ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, disposta no art. 5º, inc. XVI, da Constituição Federal.

Neste trabalho, inicialmente, foram introduzidas considerações a respeito da prisão em flagrante, apresentando na sequência, os aspectos legais e supralegais sobre a inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito. Para tanto, problematizou-se a possibilidade de violabilidade de domicílio nas hipóteses de quase-flagrante e flagrante presumido. Na sequência, analisou-se a inviolabilidade do domicílio e seus impactos nos casos de flagrantes em crimes permanentes, com enfoque na atuação da atividade policial bem como os elementos que autorizam a mitigação de tal direito fundamental.

Atendendo a necessária problemática do tema, abordou-se formação da prova ilícita a partir de violações de domicílios que tolham a garantia disposta no art. 5º, inc. XI, da Carta da República.

Para obter os resultados da problematização, adotou-se o método hipotético-dedutivo que consistiu na criação de problemas, com respectivas hipóteses de solução para busca de verdades, ainda que provisórias, por meio do falseamento das hipóteses levantadas.

2 A PRISÃO EM FLAGRANTE

O vocábulo ‘flagrante’ possui origem latina, derivada de ‘*flagrans*’, ‘*flagare*’ (queimar) e ‘*flagrantis*’ (ardente), que significa acalorado, notório, visível, evidente. No ordenamento jurídico brasileiro, “flagrante” tornou-se uma característica daquele delito que ainda está em plena evidência, em que o sujeito é surpreendido no calor do cometimento da infração penal ou logo após cometê-la, de forma que se torna evidente o fato pela certeza visual de que dele se tem (Rosa, 1982), motivo pelo qual é autorizada a prisão mesmo sem autorização judicial, funcionando, portanto, como um instrumento de autodefesa da sociedade.

Entre as diversas funções da prisão em flagrante delito, destaca-se a função de evitar a fuga do infrator, para assegurar que seja realizada a devida identificação, uma vez que é comum a tentativa do sujeito se evadir do local após cometer a infração penal para não ser responsabilizado e sofrer com as sanções legais por meio do processo penal (Moraes, 2018). Além disso, ressalta-se sua função de auxiliar na colheita dos elementos informativos do delito, obtendo mais êxito as ações penais deflagradas a partir do auto de prisão em flagrante delito (Lima, 2020), pois viabiliza que os fatos sejam apurados de forma célere e eficaz, mormente em razão dos vestígios que são preservados e pelas providências legais realizadas pela polícia judiciária (apreensões, exames periciais e oitivas das testemunhas e vítimas). Há, também, a função de preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, especialmente no que diz respeito à integridade física, garantindo, assim, o exercício pleno de suas garantias constitucionais, a fim de evitar julgamentos imponderados por parte da população. Por fim, há, também, a função de impedir a consumação do delito, quando tratar-se de infração que está sendo praticada (artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal), especialmente nos delitos materiais, como o homicídio, por exemplo.

Portanto, torna-se necessário seu estudo sob a ótica de questões ligadas a direitos e garantias constitucionais, especialmente, por tratar-se de prisão precária que reclama imediata atenção jurisdicional, por meio da audiência de custódia.

3 ASPECTOS LEGAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO

A Constituição Federal indica alguns espaços dignos de proteção especial (Barroso, 2020), sendo o domicílio um deles, consoante aponta o art. 5º, inciso XI, da Carta Magna, que dispõe “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação legal judicial”.

Em relação a tal direito constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto ensinam (2013, p. 547), que:

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 privada.

Desta forma, faz-se necessário ressaltar que, diferentemente do que ocorre com os outros direitos fundamentais, “o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência” (Cruz, 2021, p. 23).

Pelo exposto, nascem três problemáticas a partir da leitura do referido inciso, quais sejam: (a) o conceito de casa (ou domicílio) para efeito da proteção; (b) os titulares do direito e (c) os limites e restrições, incluindo as exceções previstas na Carta Magna.

Em relação ao conceito de casa, entende-se como domicílio todo o espaço, separado e delimitado, que alguém ocupa para fins pessoais, seja para fins residenciais ou profissionais, mesmo que temporariamente e provisoriamente, desde que fique preservada a exclusividade no sentido de assegurar o direito à privacidade, abrangendo-se escritório, garagens, oficinas, quartos de hotéis e aposento de habitação coletiva (Lenza, 2022), uma vez que proteger tão somente o domicílio civil seria equivalente a não resguardar as outras formas de projeções da vida privada (Carvalho, 2009). Sendo assim, verifica-se que há entendimento amplo do que se entende por casa, pois, nas palavras de Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2019, p. 1043), “se o constituinte quisesse utilizar um conceito mais restritivo utilizaria a expressão “domicílio” em vez de “casa”.

Em relação ao segundo ponto, tanto as pessoas físicas (nacionais e estrangeiras) quanto as pessoas jurídicas possuem o direito à inviolabilidade do domicílio, como garantia constitucional.

Por fim, em relação ao terceiro ponto, verifica-se que a regra é a proibição de adentrar à residência sem consentimento do morador, contudo, há algumas exceções, previstas no art. 5º, inc. XI, da Carta da República, que permitem a entrada sem aquiescência para tal, como ocorre nos casos de flagrante delito, desastre ou com o objetivo de prestar socorro; hipóteses que dispensam o consentimento do morador, independente se for durante o dia ou à noite, sem necessidade de determinação judicial para tanto, bastando que haja fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso (§2º do artigo 22 da Lei nº 13.869/19).

Em que pese tais exceções, dispostas no art. 5º, inc. XI, da Carta da República, é importante registrar que a possibilidade de entrada na casa, sem autorização judicial, nos casos de flagrante delito, deve coadunar com a previsão legal de “prestar socorro”. Sob tal lente, as únicas hipóteses, constitucionalmente possíveis de violação de domicílio, são aquelas previstas no art. 302, I e II, do CPP, ou seja, somente pode-se adentrar na casa de alguém, que esteja em situação flagrancial, nas hipóteses de flagrante real, nas quais a entrada tenha duas funções: socorrer a vítima e prender o criminoso. Admitir que o imperativo constitucional seja extensivo à outras hipóteses previstas no art. 302, do CPP, seria outorgar um “cheque em branco” à indevida violação de domicílios, à revelia das garantias constitucionais, especialmente, à vida privada. Portanto, a entrada em residência no caso de quase-flagrante depende de mandado judicial para execução da medida.

A última hipótese de violação de domicílio, prevista no citado dispositivo, se dá por meio de determinação judicial. Contudo, em tal hipótese, o mandado judicial somente poderá ser cumprido durante o dia, entendendo-se como dia o período compreendido entre 5h (cinco horas) até 21h (vinte e uma horas), conforme dispõe o art. 22, §1º, inc. III, da Lei 13.869/19.

Sob tais argumentos, no tópico subsequente, abordar-se-á a inviolabilidade de domicílio nos casos de prisão em flagrante, dando especial enfoque à sua incidência nos crimes permanentes e o que ampara as fundadas razões.

3.1 Quase-flagrante e flagrante presumido: a ficção jurídica que obsta a violabilidade de domicílio

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 280, da sistemática da repercussão geral (RE 603.616, j. 05.11.2015, DJE de 10.05.2016), entendeu que o ingresso em residência alheia sem mandado judicial só é válido e regular quando houver fundadas razões (justa causa) que indiquem a ocorrência de flagrante delito dentro do local, o que autoriza a mitigação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Em outras

palavras, faz-se necessário que haja um contexto fático anterior à invasão que permita à autoridade policial chegar à conclusão que está ocorrendo um crime no interior da residência.

Conforme explicado anteriormente, o art. 302, do Código de Processo Penal¹, dispõe sobre as quatro hipóteses que caracterizam a prisão em flagrante. Os dois primeiros incisos referem-se ao flagrante próprio, o terceiro ao quase-flagrante e o quarto ao flagrante presumido. Em outras palavras, verifica-se que nos dois últimos casos não há uma prova sensorial do cometimento do delito, motivo pelo qual a violação domiciliar sem mandado judicial só é legítima quando se trata de flagrante próprio, pois só nessa hipótese é possível constatar a prática do delito (Machado, 2014). Isso se dá porque se faz necessário que haja uma ‘prévia visibilidade’ da situação flagrancial pelo agente policial antes da sua entrada na residência (Lopes Júnior, 2020). Portanto, meras conjecturas não justificam a violação domiciliar.

Por ser assim, quando envolver as demais hipóteses de flagrantes (quase flagrante e flagrante presumido) deve a autoridade policial requerer ao juiz, na forma do art. 240, do Código de Processo Penal, mandado de busca e apreensão, acompanhado de mandado de prisão preventiva ou temporária para que sejam, durante o dia, cumpridos, garantindo, destarte, a normativa constitucional. Sem prejuízo a isso, caberá aos agentes policiais, eventualmente, cercar a propriedade para que o flagranteado não fuja do local até o cumprimento da ordem judicial. Tal interpretação da norma constitucional, embora restritiva, coaduna com o escopo de Carta Constitucional, já que não se pode olvidar que as hipóteses de flagrantes descritas nos incs. III e IV, do art. 302, do CPP, são ficções legais criadas pelo legislador, que não se aproximam nem mesmo de forma remota, ao significado e origem da palavra “flagrante”.

É certo que “em virtude da dimensão objetiva dos direitos humanos surge para o Estado uma obrigação de respeito em face dos direitos dos indivíduos (não fazer) e uma obrigação de garantia (fazer), que engloba, dentre outras atribuições do Estado, o dever de punir todas as violações de direitos humanos” (Paulino, 2021, p. 113), porém, não se pode olvidar a rigorosa obediência às normas constitucionais para garantia da segurança jurídica.

¹ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Em síntese, embora haja legalidade nas hipóteses de flagrantes descritas nos incs. III e IV, do art. 302, tais espécies não autorizam o ingresso de agente policial ou qualquer outra pessoa, em casa alheia, para que seja efetuada a prisão em flagrante.

3.2 A (in)violabilidade de domicílio e seus impactos nos flagrantes em crimes permanentes

Crimes permanentes são aqueles em que o momento consumativo se protraí no tempo. Analisando-se o *caput* do art. 33, da Lei nº 11.343/06², verifica-se que o tráfico de drogas é crime permanente, uma vez que a conduta do agente se perpetua no tempo, como ocorre nos núcleos “guardar” e “ter” em depósito. Sob tal ótica, nos delitos permanentes há maior facilidade de haver o flagrante real, especialmente, na hipótese do inc. I, do art. 302, do CPP, já que enquanto durar a permanência o sujeito estará *cometendo a infração penal*.

O art. 303, do Código de Processo Penal, dispõe que, nas infrações permanentes, o agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Em outras palavras, enquanto não cessar a permanência do crime, poderá a autoridade policial proceder a busca e prisão em casa, independente do horário ou da existência de mandado judicial, o que acaba permitindo intervenções arbitrárias, fundadas em simples denúncias anônimas ou suspeitas, fomentando abusos e ilegalidades irreparáveis, motivo pelo qual faz-se necessário que haja um rigoroso controle nessas intervenções (Siqueira, 2013).

Importante frisar que não se pretende enfraquecer aqui a atuação policial, mas sim, assegurar o direito constitucional à inviolabilidade de domicílio, pois considerar a natureza permanente do delito como fundamento suficiente para autorizar a intervenção estatal indiscriminada causa, nas palavras de Lucas Côrrea Abrantes Pinheiro (2016, p. 131), “a desconsideração do âmbito de proteção *prima facie* amplo da inviolabilidade de domicílio; a excessiva valoração da intervenção estatal em detrimento do sentido global do suporte fático” e, ainda, “a restrição sem fundamentação constitucional (leia-se: violação); e o desprezo a qualquer técnica de sopesamento”.

Nesse sentido, Iuri Victor Romero Machado (2014, p. 154) assevera:

Cumprido recordar que se por um lado a titularidade de um direito não é salvo-conduto para a prática impune de infrações penais, por outras hipóteses de relativização a direitos fundamentais não podem ser elasticizados ao ponto de

² Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

salvaguardar abusos e ilegalidades por parte do Estado, especialmente no que concerne a intervenções drásticas, como é o caso do aprisionamento em flagrante.

Desta forma, vislumbrando evitar abusos dos agentes estatais, é indispensável que o flagrante tenha sido constatado antes da violação do direito fundamental, uma vez que inexistente flagrante permanente imaginário (Lopes Júnior, 2020), porquanto a descoberta *a posteriori* de uma situação flagrancial é mero acaso. Isso porque, conforme Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 75):

A permanência deve ser anterior à violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada. Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “x”, bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente “parecia” que havia droga. É preciso que haja evidências *ex ante*.

Posto isso, é necessário analisar alguns pontos sobre a atuação da polícia ostensiva. Inicialmente, destaca-se que o poder de polícia se define como atividade da administração pública, sendo elencada como uma de suas características a discricionariedade, o que indica que há certa liberdade para a tomada de decisões. Isso ocorre porque não há como o legislador prever todos os casos concretos que necessitam da aplicação da lei penal, razão pela qual os agentes policiais possuem certa autonomia para interpretar a lei em situações concretas, sendo o poder discricionário, portanto, inerente ao trabalho policial (Jesus, 2016). Ocorre que, diferentemente da discricionariedade, o poder arbitrário, ou seja, a atividade policial em dissonância com as regras e preceitos fundamentais, é considerada ilegal (Acquaviva, 1995).

Para Maria Gorete Marques de Jesus (2016, p. 76):

Os policiais apresentam substancial poder de decisão, já que não há manuais ou guias capazes de prever todas as alternativas possíveis para lidar com as tarefas complexas e variáveis que lhes são apresentadas todos os dias, sobretudo os policiais que atuam na atividade repressiva e ostensiva (no caso brasileiro a Polícia Militar). Nessa relação diária com a população, todos os dias agentes da polícia tomam decisões que afetam a vida de um grande número de pessoas.

Acerca da atividade policial, baseando-se em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada juntamente com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013, Ademar Borges de Sousa Filho (2019, p. 48-49) concluiu que:

A grande maioria das detenções no Brasil decorrem de prisões em flagrante, que fazem instaurar inquéritos policiais que contam, em cerca de dois terços dos casos, com a palavra do policial que efetuou a prisão como única fonte de prova. Além disso, no caso dos delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes, 91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial.

E mais: a confissão tem um papel central nas investigações policiais, o que está na base da institucionalização da tortura como usual técnica de investigação.

Por ser assim, buscando diminuir a arbitrariedade das atividades policiais, principalmente em relação aos casos que envolvem o crime de tráfico de drogas, em que o agente policial decide se irá realizar a prisão em flagrante ou não, faz-se necessário que a intervenção do judiciário seja, em regra, prévia a entrada no domicílio do suspeito. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2013, p. 556), asseveram que:

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.

Logo, a inobservância da norma de prévia intervenção do juiz transforma a exceção, qual seja, o controle posterior, em regra e autoriza que as intervenções sejam realizadas de acordo com o subjetivismo do agente policial, limitando o direito fundamental a ser tão somente uma utopia jurídica existente na Magna Carta, principalmente porque a violação ocorre, na esmagadora maioria das vezes, na residência de pessoas mais vulneráveis e desfavorecidas economicamente. Por isso, “em tempos nos quais se demanda exclusão de pessoas e supressão de direitos, cada vez mais necessária se torna a intervenção do Poder Judiciário na contenção do poder policial, no cumprimento de sua função primordial de garantir os direitos fundamentais” (Machado, 2014, p. 163).

Nesse diapasão, “seria, portanto, válido, em algumas situações, dispensar o mandado judicial, ante a perspectiva de que, no intervalo de tempo para a obtenção da ordem, ocorra a destruição do próprio corpo de delito”. Contudo, “como tal quadro não é tão corriqueiro, melhor seria termos o trabalho policial bem feito, primando pela segurança de suas ações e não transigindo com a preservação das liberdades públicas” (Cruz, 2021, p. 28).

Dessa forma, buscando evitar que a garantia constitucional seja tolhida, pode-se concluir que havendo mera suspeita, faz-se necessário que a investigação seja aprofundada para angariar mais provas do crime que se pretende combater. Caso haja tão somente fundadas razões, há de ser requerido mandado de busca e apreensão domiciliar, observando-se o procedimento legal disposto nos arts. 240 a 250, do Código de Processo Penal, pois só é possível justificar a intervenção dentro do domicílio quando demonstrado o perigo na demora no sentido de que o atraso na obtenção do mandado judicial possa, de forma objetiva e

concreta, inferir que a prova do crime (no caso, a substância entorpecente) será ocultada ou destruída (Lenza, 2022).

Em síntese, portanto, é imprescindível que nos casos de crimes permanentes haja maior cautela da autoridade policial, a qual não pode valer-se de meras ilações e conjecturas para justificar a violação de domicílio.

3.3 A ilicitude da prisão em flagrante e suas consequências sobre a prova produzida

O reconhecimento da ilegalidade da violação do domicílio, conforme será analisado mais adiante, acarreta na ilicitude das provas obtidas; isso é necessário porque há afronta ao art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal. Em que pese a Constituição Federal prever, em tal dispositivo, a inadmissibilidade da prova ilícita, não há definição de seu conceito; por isso cabe analisar o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, que aponta que as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. No magistério de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 165):

O gênero é a ilicitude – assim em direito penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.

Em sentido contrário, Norberto Avena (2020, p. 949):

Não temos a menor dúvida de que persiste a definição clássica de prova ilícita como aquela obtida em violação direta ou indireta a garantias ou preceitos de índole constitucional. Quanto à referência inserta ao artigo 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso (“ou legais”) como hipótese de violação indireta à Magna Carta, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional.

Em resumo, apenas as afrontas diretas aos preceitos constitucionais, como há nos casos de violação direta ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, devem ser desentranhadas do processo, consoante determina o *caput* do art. 157, do Código de Processo Penal. Portanto, não poderá servir como base para formar a convicção do magistrado ante a sua não aceitação nos autos do processo (Lima, 2020). Sendo assim, o reconhecimento da violação do domicílio acarreta, por exemplo, a ilicitude da apreensão das substâncias entorpecentes.

Assim, imagine o seguinte exemplo: houve denúncia anônima contra “A” por suposta prática de tráfico de drogas. A polícia, em busca de provas contra o mesmo, resolveu fazer uma *blitz* na Avenida Ipiranga, na cidade de Macaé, na parte da tarde, já que a denúncia anônima expunha que “A” sempre passava com seu veículo por aquela avenida. Na fiscalização, quando o veículo conduzido por “A” passava pela referida avenida, a polícia o abordou. Ao fazer buscas no interior do veículo, a polícia encontrou apenas um revólver, calibre 38, não sendo encontrado nada relacionado a drogas. Por não possuir porte de arma foi-lhe dado voz de prisão por violação ao art. 14, da Lei 10.826/03, já que sua conduta se adequava ao estado flagrancial disposto no art. 301, inc. I, do CPP. Sequencialmente, a polícia o levou até sua casa e lá fez buscas, sem autorização judicial. Encontrou-se, no interior da residência, dez quilos de *cannabis sativa* (maconha). Tudo foi encaminhado à delegacia de polícia e lá a autoridade policial lavrou o auto de prisão em flagrante imputando ao preso os delitos dispostos nos arts. 14, da Lei 10.826/03 e 33, da Lei 11.343/06. Diante desses fatos, pergunta-se: a prova colhida na residência do flagrantado é válida? Em que pese estar em flagrante delito, a entrada na residência não se deu em conformidade com o disposto no art. 5º, inc. XI, da Carta da República. Isso porque, no momento em que houve busca na residência de “A” ele já estava preso em **flagrante anterior** pelo crime de porte ilegal de arma de fogo. Logo, a entrada na casa de “A” não se deu em razão do flagrante (para prender o criminoso), mas sim, para apreender algo (drogas) e, com isso, encontrar nova tipificação ao flagrantado. Dessa forma, a prova deve ser considerada ilícita, pois a prisão em flagrante ocorreu *antes* da busca na residência. Em outras palavras, a busca na residência não era para “prender” em flagrante delito, mas sim, para “apreender” meios que servissem de prova de outro crime (tráfico de drogas). Em síntese, nesse caso, a autoridade policial dispôs de mandado de busca e apreensão para conquistar provas relacionadas ao tráfico de drogas.

Por outro lado, não basta apenas proibir que a prova ilícita seja utilizada, faz-se necessário que se coíba também a utilização de outras provas que foram encontradas a partir dela, porquanto são igualmente vedadas por serem consideradas derivadas das ilícitas, salvo as hipóteses descritas nos §§ 1º e 2º, do art. 157, do CPP.

3.4 A banalização das fundadas razões que (não) amparam a violação e os posicionamentos do STJ e STJ nos casos de prisão em flagrante no crime de tráfico de drogas

Na sistemática de repercussão geral do Tema 280, (RE 603.616, j. 05.11.2015, DJE de 10.05.2016), merece destaque a tese descrita no item ‘b’, que disserta:

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

Observa-se, portanto, que o Brasil está tomando rumo para adotar a teoria dos *standards* de prova, porém, “o *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado. É um marco que determina o grau mínimo de prova exigido para considerar-se provado um fato”. (Lopes Junior, 2020, p. 574).

Então, os *standards* podem variar, ou seja, pode haver um certo grau de rebaixamento, uma vez que “será muito mais difícil preencher os requisitos do *standard* probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) ” comparado com o “exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime” (Cruz, 2021, p. 21). No entanto, as fundadas razões não devem ser empregadas como cheque em branco para justificação de intervenções abusivas aos direitos fundamentais, devendo haver rigorosa análise nas situações concretas, tal como já vêm decidindo os Tribunais Superiores. Contudo, vale ressaltar que os entendimentos dos tribunais variam de acordo com o caso sob análise, não havendo, portanto, posicionamento consolidado e uniforme a respeito das fundadas razões.

Analisando-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.574.681, pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.574.681/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017), verifica-se que o denunciado se encontrava em um local conhecido como ponto de venda de drogas e, ao avistar os policiais militares em patrulhamento de rotina, empreendeu fuga para dentro de sua residência, local em que foi abordado. Em razão disso, os policiais adentraram e iniciaram as buscas no interior do local, momento em que encontraram oito pedras de *crack* no interior do ralo do chuveiro e mais dez pedras da mesma substância entorpecente dentro do suporte de televisão. Por tais razões, o acusado foi preso em flagrante delito.

Do voto do relator Min. Rogério Schietti Cruz (REsp n. 1.574.681/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017), extrai-se que a desconfiança do sujeito estar praticando o tráfico de drogas surgiu tão somente pelo fato do local que o sujeito estava no momento em que os agentes estatais realizavam o patrulhamento rotineiro, não havendo qualquer indicação de que havia prévia investigação,

monitoramento ou campanas no local. Inclusive, aponta o relator que não foi mencionada qualquer atitude suspeita em atos concretos, ou seja, a invasão de domicílio partiu da intuição dos policiais militares no sentido de que o denunciado estaria a praticar traficância dentro de sua residência, o que não configura, por si só, fundadas razões aptas a autorizar o ingresso no domicílio sem o consentimento do morador em razão da casualidade.

Nesse mesmo sentido, se deu o julgamento do Habeas Corpus nº 686.489 (HC n. 686.489/SP, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.) e do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 89.853 (RHC n. 89.853/SP, relator Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 2/3/2020.), ambos julgados perante o Superior Tribunal de Justiça. Nos dois casos, os acusados adentraram rapidamente na residência após visualizarem os policiais militares e, baseando-se tão somente na “fuga”, houve violação do domicílio dos suspeitos.

Portanto, a análise das fundadas razões, no caso concreto, deve ser feita de forma minuciosa, pois se faz mister que os fatos sejam examinados respeitando sua singularidade; dessa forma, afastar-se-á de banalização, fortalecendo, dessa, a atividade dos agentes estatais da produção da prova lícita.

3.5 A (in)validade da anuência do flagranteado para violação de seu domicílio nos casos de flagrante delito

O Tema 280, da sistemática da repercussão geral (RE 603.616, j. 05.11.2015, DJE de 10.05.2016), estabeleceu critérios para abordagem do consentimento do morador nos casos de ingresso em domicílio pelos agentes estatais; tal fato se deu em razão da inexistência de previsão legal de regulamentação de tal matéria, motivo pelo qual estabeleceu-se, em sede jurisprudencial, as condições a serem examinadas, visando diminuir os abusos quando da realização das buscas domiciliares.

Dessa forma, verifica-se que a anuência do flagranteado tem que ser voluntária e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação, assim como deve ser feita a partir de uma declaração assinada pelo sujeito que autorizou o ingresso com indicação de testemunhas, caso seja possível (Lenza, 2022). Portanto, o consentimento serve como um mecanismo de validação da busca quando não houver mandado judicial.

Em que pese o entendimento majoritário no sentido de que é possível haver a anuência válida do flagranteado, tal entendimento não passa de uma utopia, uma vez que, conhecendo a realidade sobre a violência policial no Brasil, é de extrema candura cogitar que o sujeito daria

anuência, de forma livre e voluntária, aos agentes estatais para adentrarem em sua residência e procederem busca e apreensão de objetos que servirão para incriminá-lo.

Neste sentido, advoga Aury Lopes Júnior (2020, p. 807), ao dissertar que: “É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente”. Destarte, “deve-se considerar viciado o consentimento dado nestas situações e, portanto, ilegal a busca domiciliar, pois há um inegável constrangimento situacional”.

Com acerto, portanto, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal nº 70058172628, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro, Julgado em: 14-12-2016), ao afirmar que: “inexiste previsão legal de busca domiciliar mediante o mero e suposto consentimento do proprietário, já que a anuência, quando de fato há, é evidentemente dada sob constrangimento”. Em outras palavras, o vício do consentimento é implícito, havendo, portanto, inequívoca ilegalidade em razão da anuência ser insuficiente para validar a busca quando não há mandado judicial.

Na esteira desse entendimento, é possível ainda mencionar recente decisão da Sexta Turma do STJ (HC 762.932-SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe 30/11/2022), que, baseando-se nas teses fixadas no HC 598.051, da Sexta Turma, e reafirmadas no HC 616.584, da Quinta Turma, entendeu que é nulo o consentimento para ingresso da polícia em residência após prisão em flagrante por motivo diverso.

Assim, a Sexta Turma entendeu por absolver o indivíduo do crime de tráfico de drogas, por considerar ilícitas as provas colhidas após a entrada de uma equipe policial em sua casa, em virtude da existência de um constrangimento ambiental/circunstancial. Para o colegiado, não houve fundadas razões, tampouco comprovação de consentimento válido para a realização de busca domiciliar, após o morador ter sido preso em flagrante, na rua, por porte ilegal de arma de fogo.

Assim, de acordo com a tese fixada nesse julgado, mesmo se ausente a coação direta e explícita sobre o acusado, afirma-se que o vício no consentimento é implícito, em virtude da existência de um constrangimento ambiental/circunstancial.

Em suma, diante dos julgados supramencionados, destaca-se a relevante mudança de paradigma jurisprudencial, havendo, portanto, uma inequívoca ilegalidade em razão da suposta anuência, baseada apenas na palavra dos policiais, sendo ela insuficiente para validar a busca quando não há mandado judicial ou situação flagrancial devidamente comprovada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inviolabilidade de domicílio em caso de flagrante delito, especialmente no que diz respeito à prisão no crime de tráfico de drogas, é objeto de calorosos debates entre os operadores do direito, uma vez que a sociedade entende haver necessidade de que os suspeitos sejam julgados e punidos, pouco se importando com os meios que levam os agentes policiais a coletarem as provas a fim de demonstrar a materialidade do delito bem como os indícios de autoria ou participação delitiva.

Apresentou-se arrazoado sobre a proteção jurídica especial que a Constituição Federal confere ao domicílio das pessoas físicas e jurídicas, motivo pelo qual entende-se que a inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental, o qual só pode ser tolhido, sem autorização judicial, nas hipóteses de flagrante real, previstas no art. 302, I e II, do CPP, quando a entrada no domicílio tiver duas funções: prender o criminoso e prestar socorro à vítima.

Na discussão da sistemática de repercussão geral do Tema 280, constatou-se que meras conjecturas não autorizam a violação domiciliar, motivo pelo qual, quando se tratar de quase flagrante ou flagrante presumido, necessário se faz que a autoridade policial requeira, ao juiz, mandado de busca e apreensão, acompanhado de mandado de prisão preventiva ou temporária para que sejam cumpridos durante o dia de acordo com a normativa constitucional.

Ademais, à análise legal, nota-se que é possível a violação de domicílio nos flagrantes em crimes permanentes, especialmente no delito de tráfico de drogas, porém, é preciso que a norma não autorize intervenções aleatórias, fundadas em simples denúncias apócrifas ou suspeitas, porquanto acaba gerando diversos abusos e ilegalidades, tornando fundamental o controle dessas intervenções. Tal controle não busca enfraquecer a atuação policial, muito pelo contrário, visa diminuir a arbitrariedade das atividades policiais, entendendo-se que quando houver mera suspeita, caberá aos agentes policiais realizar diligência mais aprofundada, na qual somente quando fundadas razões autorizarem a medida poderá ser executada, por meio do adequado instrumento processual, qual seja o mandado de busca e apreensão.

Nesse sentido, o reconhecimento da ilegalidade na violação do domicílio acarreta a ilicitude da apreensão das substâncias entorpecentes; conseqüentemente, tais provas devem ser desentranhadas do processo.

Por fim, insta salientar que o consentimento do sujeito detido, para ingresso em sua residência, não tem qualquer valor legal, tendo em vista o constrangimento ambiental/circunstancial em que o sujeito se encontra.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico brasileiro**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial n. 1.574.681/RS**. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo Inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Invasão de domicílio pela polícia. Necessidade de justa causa. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 20 abr. 2017, DJe de 30 mai. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221574681%22>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça Estadual (3. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 70058172628**. Tráfico de entorpecentes. Busca e apreensão domiciliar. Garantia constitucional. Inviolabilidade de domicílio. Insuficiência. Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Julgado em 15 mai. 2014, DJe 23 jun. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6134/>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus n° 686.489/SP**. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes e corrupção ativa. Invasão domiciliar efetuada por policiais militares sem autorização judicial. Nulidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 19 out. 2021, DJe 25 out. 2021. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2553875>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus n° 762.932/SP**. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ausência de fundadas razões. Ausência de consentimento válido do morador. Coação ambiental/circunstancial. Vício na manifestação de vontade. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 22 de nov. de 2022, DJe 30 de nov. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202202485430&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Ordinário no Habeas Corpus n. 89.853/SP**. Tráfico ilícito de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Trancamento da ação penal por ilicitude das provas. Nulidade. Estado de Flagrância. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 18 fev. 2020, DJe 02 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/559881484/inteiro-teor-559881494>. Acesso em: 12 dez. 2022.

REIS JUNIOR, A. S.; DADALTO, E. D. A colisão entre a prisão em flagrante e o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio

BRASIL. Tribunal de Justiça Estadual. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 21 jun. 2016, DJe 10 mai. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>. Acesso em: 14 dez. 2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRUZ, Rogério Schiatti. Entrada da polícia em residências sem mandado judicial e o julgamento do FC n. 59801 pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, 2021.

JESUS, Maria Gorete Marques de. “**O que está no mundo não está nos autos**”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Iuri Victor Romero. Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparador. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 135-166, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/16/14>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MOARES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02102020-141212/publico/8660770_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena no Brasil e os mandados internacionais de criminalização. **Revista do curso de direito do UNIFOR**, Formiga, v. 12, n. 2, p. 01-19, jul./dez. 2021.

PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes. **Fundamentos teórico-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente**: análise do tema 280 da sistemática da repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

REIS JUNIOR, A. S.; DADALTO, E. D. A colisão entre a prisão em flagrante e o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013.

SIQUEIRA, Flaviane Montalvão. **Limites Constitucionais à invasão de domicílio nos casos de flagrante por crime de tráfico de drogas**: Análise da imprescindibilidade do mandado judicial na Corte Americana e da prática judicial de aceitação do flagrante em crime permanente na Cidade de Salvador. Tese (Monografia em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2019. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/17280/3/Tese%20-%20Ademar%20Borges%20de%20Sousa%20Filho%20-%202019%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.