

RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.681 - RS (2015/0307602-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : RICARDO EMÍLIO DE MOURA BORGES

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** (Apelação Criminal n. 70053220711).

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, havendo sido dado provimento ao recurso, para absolver o acusado, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal. Na sequência, foram opostos embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados.

O recorrente alega violação do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e dos arts. 302, I, 303, 157, 240 e 386, II, todos do Código de Processo Penal. Para tanto, menciona que o tráfico de drogas é crime de caráter permanente, de maneira que não há exigência de ordem judicial para o ingresso no domicílio do acusado.

Pondera que "havia situação de flagrância autorizadora do ingresso em residência e das buscas pessoal e domiciliar, de forma que não houve a aventada invasão de domicílio, causa da suposta ilicitude da prova coligida aos autos" (fl. 275).

Requer o provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão recorrido e, por conseguinte, seja restabelecida a condenação, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que analise as demais teses suscitadas pela defesa no recurso de apelação.

Superior Tribunal de Justiça

Contrarrazões às fls. 309-330 e decisão de admissibilidade às fls.
383-389.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do
recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.681 - RS (2015/0307602-3)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. 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. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem.

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

4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção

Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda.

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

8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas.

12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.

13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento.

14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexa causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O Ministério Público assim narrou os fatos em sua inicial acusatória, *in verbis* (fl. 3):

Na data de 27 de setembro de 2011, por volta das 18h30min, [...] o denunciado, RICARDO EMILIO DE MOURA BORGES, **tinha em depósito, para fins de mercancia, 18 (dezoito) pedras de crack, pesando aproximadamente 4,38 gramas**, conforme auto de apreensão de fls. 07/08 e laudo de constatação de natureza de substância de fls. 09/10, substância causadora de dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na oportunidade, o denunciado, ao avistar policiais militares em patrulhamento de rotina no endereço supracitado, conhecido como ponto de venda de drogas, correu para dentro da sua residência, onde foi abordado.

Ato contínuo, os policiais, após buscas no interior da residência do denunciado, lograram êxito em apreender, no banheiro, dentro do ralo do chuveiro, 08 (oito) pedras de crack e, no quarto, dentro de um suporte de televisão, 10 (dez) pedras de crack. Por tais razões, o denunciado foi preso em flagrante delito.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de origem, havendo sido dado provimento ao recurso, **para absolver o acusado**, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal (ausência de provas da existência do fato). O acórdão ficou assim fundamentado (fls. 219-234):

Estou em absolver o réu por ilicitude da prova material.
Explico.

Em juízo, a policial Miria disse que a prisão do recorrente se deu dentro de sua residência, após ele ter fugido ao avistar os

Policiais Militares. Os policiais Rodrigo e Diego corroboraram esse dito, o primeiro salientando que o local serve como ponto de venda de drogas e na casa foram localizadas drogas e outros objetos relacionados.

Os ditos do réu e de sua namorada, que o acompanhava na ocasião, confirmou a entrada dos policiais na moradia onde se encontravam e as buscas, que culminaram na localização das drogas na residência, sendo acusado de tráfico. Mas não confirmaram o dito de que houvesse sido perseguido até ali.

Nesse contexto, não resta dúvida acerca da invasão domiciliar. Os policiais não estavam autorizados a ingressar na casa e disso tinham plena consciência, *tanto que em juízo se esforçaram por maquiar a ação empreendida de modo a torná-la legítima*. Inúmeras invasões domiciliares têm sido assim justificadas, *mas não de modo adequado*.

O fato de alguém retirar-se para dentro de casa ao avistar uma guarnição PM não constitui crime nem legitima a perseguição ou a prisão, menos ainda a busca nessa casa, por não ser suficientemente indicativo de algum crime em curso, a par de ser pouco crível, pois é de esperar que tais suspeitos tentem tomar distância do que possa incriminá-los.

Com efeito, a busca domiciliar e pessoal do réu, que se encontrava dentro de casa, não estava autorizada e não podia se realizar. Em prol dessa tese, cito como argumento de autoridade o seguinte precedente desta Câmara, da lavra do Eminentíssimo Des. Jayme Weingartner Neto, que bem explica a jurisprudência da Terceira Câmara:

[...]

Considerada ilícita a violação domiciliar e, por contágio, a apreensão dos objetos supostamente encontrados com o réu, sobra absolvê-lo por ausência de prova da materialidade do crime imputado.

O exame das demais teses, por óbvio, resulta prejudicado.

POSTO ISSO, voto no sentido de prover o recurso para absolver o réu, com base no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Na sequência, foram opostos embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados.

II. Inviolabilidade de domicílio – direito fundamental

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

O caso traz à lume antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, **sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial**, logra encontrar e apreender drogas, de sorte a configurar a prática do crime de tráfico de entorpecente, cujo caráter permanente autorizaria o ingresso domiciliar.

O art. 5º, XI, da Constituição da República consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

O texto constitucional estabeleceu, na referida regra, a máxima de que a residência é asilo inviolável, atribuindo-lhe contorno de direito fundamental vinculado à proteção da vida privada e ao direito à intimidade. Ao mesmo tempo, previu, em *numerus clausus*, as respectivas exceções, quais sejam: a) se o morador consentir; b) em flagrante delito; c) em caso de desastre; d) para prestar socorro; e) durante o dia, por determinação judicial.

Na pena de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

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

2007, p. 437

No âmbito processual penal, o direito à inviolabilidade de domicílio resvala, de modo proeminente e verticalizado, no campo probatório, influenciando, dessa forma, na própria validade das provas ou mesmo dos procedimentos probatórios.

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

Especificamente em relação ao estado de flagrância – cujas situações previstas no Código de Processo Penal são explicitadas e distinguidas por circunstâncias espaço-temporais (art. 302) e pela natureza do crime (sendo permanente, como na hipótese do tráfico de entorpecente, “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”, conforme art. 303) –, é necessário perscrutar as circunstâncias concretas de cada caso, que permitam aferir, em última análise, a legalidade do próprio procedimento policial que subjaz à possível prisão do agente e lavratura do respectivo auto flagrancial.

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

III. Precedente do STF em Repercussão Geral

O Plenário Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **RE n. 603.616/RO, com repercussão geral previamente reconhecida**, assentou que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, **devidamente justificadas a posteriori**, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e

penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe 8/10/2010). Confira-se a ementa:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. **A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio** (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. **A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616/RO, Relator Min. GILMAR MENDES, j.

05/11/2015 , Tribunal Pleno, DJe-093)

A Corte Suprema, em síntese, definiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em **fundadas razões** – na dicção do art. 240, § 1º do CPP – devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Sobre a delimitação das circunstâncias que indicariam a existência dessas fundadas razões, assinalou o Ministro Relator que,

É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados para satisfazer o requisito. O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir. Por outro lado, **provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.**

Deve haver, assim, uma **causa provável**, ou seja, uma **justa causa** para o ato invasivo, a partir da segura verificação, posto que superficial, da existência de fatos ou de circunstâncias que permitam qualquer pessoa acreditar ou ao menos suspeitar, **com base em elementos concretos**, que um crime esteja ocorrendo no interior do domicílio (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 141).

IV. Necessidade do ajuste da jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Embora a jurisprudência tenha caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante-delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, **o entendimento merece ser aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal**, para que se possa perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.

É certo que a jurisprudência não pode fundar-se em uma concepção estática do direito (CASTANHEIRA NEVES. *Questões de fato e questões de direito*. O problema metodológico da juridicidade. Coimbra, 1967, p. 331), porquanto “A mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78).

E, no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça (assim como o Supremo Tribunal Federal), é acertada a observação de que a essas cortes cabe “[...] não só outorgar sentido aos textos legais, mas também conferir-lhe **novo sentido quando necessário, diante da alteração da realidade social** e da concepção geral acerca do direito. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96).

Não ignoro que é dever do magistrado primar pela coerência do ordenamento jurídico e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário, mormente na judicatura dos **tribunais superiores, locus próprio para conferir unidade sistêmica ao direito pátrio** e, por conseguinte, conferir estabilidade e segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

No entanto, o respeito aos precedentes não os torna imutáveis, sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito e sua compatibilização com a evolução dos costumes. Assim como no sistema do *common law*, é possível, em alguns países de tradição romano-germânica – como o Brasil, caracterizado pela existência de Cortes de vértice, que exercem o papel de interpretação última da Constituição e das leis –, submeter o precedente a **permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos**, por meio de alguma peculiaridade que distinga (*distinguishing*) ou mesmo leve à superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do precedente.

Isso porque, na percepção de Canaris:

A abertura do sistema jurídico significa a incompletude e a provisoriade do conhecimento científico. De fato, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é assim, tão só um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, **ele não é nem definitivo nem fechado, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis.** (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 196).

Partindo-se, pois, da compreensão de que é necessária a existência de elementos mínimos que indiquem a prática de crime e **considerada a essencialidade da proteção do domicílio para a garantia da tranquilidade e do bem-estar dos indivíduos**, tem-se que "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 se surpreender que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais" (MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W. e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 401).

Aliás, apenas como reforço da importância conferida a esse direito em outros países, vale menção à Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (1792) – *Fourth Amendment* – que dispôs:

Superior Tribunal de Justiça

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

Vale a lembrança de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também prevê a proteção contra "ingerências arbitrárias ou abusivas" no domicílio, nestes termos:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

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

Ainda, é possível mencionar o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que, na mesma linha, preconiza o seguinte:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

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

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

V. Tráfico de drogas como crime permanente e invasão de domicílio

O crime de tráfico de drogas, por seu **tipo plurinuclear**, enseja diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas. A título meramente exemplificativo, menciono o caso em que determinado indivíduo, surpreendido **portando certa quantidade de drogas**, empreende fuga para o interior de sua residência e, logo depois, é perseguido por policiais. Nesse caso, há evidente estado de flagrância que justifica a invasão de domicílio, haja vista que o simples guardar ou trazer consigo já configura o delito.

Todavia, **nem sempre o agente traz consigo drogas ou age ostensivamente de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante**, com a mitigação de um direito fundamental. Nessas hipóteses, espera-se que a autoridade policial proceda a investigações preliminares que a levem a descobrir, *v. g.*, que a residência de determinado indivíduo serve de depósito ou de comercialização de substâncias entorpecentes, de modo a autorizar o ingresso na casa, a qualquer hora do dia ou da noite, dada a natureza permanente do tráfico de drogas.

Há, ainda, hipóteses outras como a dos autos, em que o indivíduo, ao avistar o patrulhamento policial, empreende fuga até sua residência (por motivos desconhecidos) e, em razão disso, é perseguido por policiais, **sem, contudo, haver um contexto fático do qual se possa concluir (ou, ao menos, ter-se fundada suspeita), que no interior da residência** também ocorre uma conduta criminosa, o que torna a questão da legitimidade da atuação policial, ao invadir o domicílio, extremamente controversa.

Importante aspecto a enfatizar, de natureza sociológica, não passou despercebido por magistrados do Supremo Tribunal Federal, que não deixaram de anotar praxe policial não de todo rara em abordagens feitas a pessoas moradoras de **“comunidades em situação de maior vulnerabilidade social” que são “especialmente suscetíveis de serem vítimas de ingerências arbitrárias e abusivas em domicílios”** (voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 603.616/RO). Tal percepção recomendaria a **“necessidade de se colocar alguma limitação para o ingresso na residência** ou alguma responsabilização para os agentes estatais”, porquanto "sabemos como as coisas acontecem na vida real", ou seja, **"a Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificação qualquer, a posteriori, de forma oral, na delegacia de polícia"** (voto do Ministro Ricardo Lewandowski p. 29 do referido acórdão).

Com igual ênfase se posicionou, nesse julgado, o Ministro Marco Aurélio, ao provocar a seguinte reflexão: “O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas **o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional** prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta.” (p. 31 do acórdão).

De fato, a **complexa e sofrida realidade social brasileira** ineludivelmente sujeita, amiúde, as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de nossos gabinetes, realizamos os juízes o **controle posterior** das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas que vivem em condições sociais desfavoráveis a **situações abusivas e arbitrárias**.

Em verdade, se, de um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais efetiva do Estado, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver assegurada a preservação de seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por agentes das forças policiais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais dos invasores, de que o local supostamente é um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada.

Não se desconhece que, consoante afirmou o Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do referido RE n. 603.616/RO, "**A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal**" (p. 10 do acórdão). Também não perco de vista que, não raro, é tênue a distinção dos limites circunstanciais entre a legitimidade da ação de ingresso e a afetação do direito à inviolabilidade de domicílio.

No entanto, é de particular importância (re)pensar em que medida o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa uma intervenção restritiva **legítima** do ponto de vista constitucional e não uma violação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Isso porque **a ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.**

Sobre esse cuidado de ocorrerem abusos na invasão de domicílio, Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa advertem que:

Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5.º da Constituição **não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas lotéricas, em que o prêmio – dependente da sorte do jogador – é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor.** Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. **Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental.** E a realidade pode ser ainda mais perversa, na medida em que se sabe que abusos policiais não são tão incomuns quanto se deseja, não sendo raros os casos de manipulação das circunstâncias, como se dá nos chamados flagrantes forjados. (*O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5199-O-consentimento-e-a-situacao-de-flagrante-delito-nas-buscas-domiciliares>*)

Superior Tribunal de Justiça

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

Importa, assim, como propõe Ingo Sarlet, verificar, “mediante avaliação rigorosa do contexto fático”, se há elementos “objetivos e racionais a caracterizar, 'ex ante', situação de flagrância, na perspectiva do quem está fora da residência, pois não sendo assim desautorizada estava a invasão da casa/domicílio, por qualquer um, aí incluídos os policiais (...)”. E prossegue:

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

Reforço, portanto, minha convicção de que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário tenha a autoridade policial **fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas**, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiança fulcrada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas que **não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente**.

Apenas para exemplificar hipóteses que explicariam a fuga do indivíduo abordado pela polícia, pense-se na situação em que esteja o suspeito com medo de ser vítima de uma arbitrariedade (dados os relatos de violência policial em determinada comunidade), ou que esteja receoso de ser preso por estar sem documentos ou por ostentar um registro criminal em sua folha de antecedentes, ou, ainda, por estar descumprindo alguma medida judicial restritiva (prisão domiciliar, v.g.) etc. **Tais hipóteses**, ou outras a se imaginar, permitiriam a abordagem e até eventualmente a detenção da pessoa, mas **não justificariam o ingresso em seu domicílio**.

Assim, ao menos que se possa inferir, de **fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial**, que o evasor esteja praticando crime de tráfico de drogas, ou outro de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não haverá razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, **ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência** – circunstância que se mostrará meramente acidental –, **sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância**.

Sem embargo, vale lembrar que, se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a **emergência da situação** para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que **nem todo crime permanente denota essa emergência**, consoante bem observa Celso Delmanto:

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

Em julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o então Desembargador Geraldo Prado assim vociferou:

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada - e não simplesmente íntima - suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consuma. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, “encontrasse” à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado. (TJRJ- Apelação Criminal 2009.050.07372, Rel. Des. Geraldo Prado, julgado em 17/12/2009).

VI. Necessidade de previsão normativa ou jurisprudencial dos critérios para justificar invasão de domicílio

Superior Tribunal de Justiça

Não há, tanto no âmbito normativo quanto na jurisprudência pátria, previsão de requisitos ou condições a serem observadas para minimizar o risco de abusos policiais em buscas domiciliares derivadas de suposto flagrante por crime de tráfico de entorpecentes.

Sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa, após criticar a praxe policial de invocar o caráter permanente do crime de tráfico para justificar invasões de domicílios, especialmente de pessoas pobres (*Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>), reporta-se a julgados do Tribunal Supremo da Espanha nos quais se assentou que a proteção constitucional ao domicílio concretiza a proteção à inviolabilidade enquanto âmbito de privacidade, pela qual o sujeito é *isento e imune* a qualquer tipo de invasão a seu espaço domiciliar por outras pessoas ou autoridades públicas. Sobre o específico tema do consentimento do interessado, o Tribunal Supremo espanhol decidiu, por mais de uma vez (SSTS. 1803/2002, 261/2006 e 951/2007), sobre a necessidade do preenchimento de requisitos para que a manifestação da vontade seja considerada válida, desprovida de pressão psicológica que impeça de exercer seus direitos constitucionais, notadamente o previsto no art. 18.2 da Constituição da Espanha.

Esse consentimento, “verdadeira fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado”, decorre do próprio enunciado constitucional, como também do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do art. 8 da Convenção de Roma e do art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Segundo a Corte espanhola, são os seguintes os requisitos a serem considerados para analisar o consentimento autorizado de ingresso no domicílio:

a) *Outorga por pessoa capaz*, maior de idade e no exercício de seus direitos.

b) *Outorga consciente e livre*, a qual requer: b1) que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) que se o consentimento for de pessoa que estiver presa/conduzida, não pode validamente prestar o consentimento se não tiver antes a assistência de um defensor, do que constará da diligência policial (STS 2-12-1998). Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, dada a “*intimidação ambiental*” ou “*a coação que a presença dos agentes da atividade representa.*” (STS. 831/2000).

c) *Pode ser prestada oral ou por escrito, porém sempre vertida documentalmente.*

d) *Deve ser outorgada expressamente, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio *in dubio pro libertate* (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98). Sobre este item, refere o Tribunal Supremo que, embora autorizado o consentimento presumido pelo art. 551 do CPP espanhol, esse dispositivo “ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio *in dubio libertas* y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido mas favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada.” (STS 4761/2013).*

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

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

g) *São dispensadas as formalidades exigidas no art. 569 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (CPP da Espanha).*

Esses requisitos, evidentemente, não têm sido sequer ventilados pela jurisprudência pátria, muito menos por leis de nosso país ou, ainda, por regramentos administrativos, mas refletem uma orientação que poderia ser adotada, na medida do possível, com vistas a minimizar a praxe, tão comum em comunidades de baixa renda, em que casas são ocasionalmente invadidas sem o amparo do Direito.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, aliás, se caracterizou a intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE 603616/TO, em raciocínio paralelo ao que levou à edição da Súmula Vinculante nº 11, da qual se extrai a necessidade de documentar, por escrito, as razões que justificaram o uso de algemas em pessoa presa. **É dizer, se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa – já ostentando, portanto, verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção – exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria de demandar-se, em juízo de proporcionalidade, se seria legítima igual providência para a invasão de um domicílio, quando, a priori, tem-se apenas a suspeita da ocorrência de um crime.**

Ainda em tom de reflexão, identifico dois desses requisitos exigidos pela jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha como merecedores de maior ênfase.

O primeiro deles é o mencionado na alínea “d”, i.e., **outorga consciente e livre da autorização para o ingresso no domicílio**, que, à evidência, pressupõe **ausência de violência ou qualquer intimidação ou outra “circunstância periférica” por parte da polícia**. Note-se que a normativa pretoriana daquele país expressamente dispõe, **se o consentimento provier de pessoa já presa ou conduzida que a anuência do preso somente será válida se ocorrer com a assistência de um advogado**.

Decerto que tal não é a hipótese ora examinada, mas outra, bem frequente nas situações de flagrância por tráfico de entorpecentes, na qual o suspeito é detido na rua com alguma quantidade de droga e é instado a franquear sua residência para uma verificação policial que, quase sempre, resulta em apreensão de quantidade maior de entorpecentes –

Com o intuito apenas de enriquecer a reflexão sobre o tema, menciono os termos da exigência judicial, na jurisprudência espanhola, da assistência do advogado ao réu detido em tal hipótese:

"El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza" (STS 2-12-1998). Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o "la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan" (STS. 831/2000 de 16.5).

O segundo requisito que me parece importante sublinhar é o objeto da alínea “e”, supra, que regula a situação na qual diversas pessoas sejam atingidas pela violação do domicílio. Em semelhante hipótese, a jurisprudência espanhola se contenta com a autorização de uma pessoa, desde que seja cotitular do direito sob proteção. Assim, não se poderia validar o ingresso policial em uma residência se quem consentiu na entrada dos agentes da segurança pública era, por exemplo, pessoa não residente, mas apenas frequentadora do local.

Atente-se para a circunstância, muito corriqueira, de que dentro de uma morada se encontram pessoas outras além do suspeito, as quais também são titulares do direito à preservação de sua intimidade e de sua dignidade, máxime quando se encontram no aconchego e na tranquilidade da noite, após uma jornada de trabalho, na companhia de crianças e de idosos, os quais, provavelmente, nenhuma responsabilidade têm na situação fática que ensejou a invasão do domicílio.

Bem a propósito, consoante precisa exortação do relator do RE 603.616, Ministro Gilmar Mendes, **“Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia. Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação.”**

Os debates travados no julgamento desse Recurso Extraordinário conduziram então a uma minuta correspondente ao que poderia vir a ser uma nova súmula vinculante, cingindo-se, porém, a, ao menos por ora, integrar a ementa, nos seguintes termos:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori* que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

VI. O Caso concreto

Consta dos autos que **o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas**, quando, ao avistar a guarnição de policiais, empreendeu fuga para dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack).

Veja-se, portanto, que **havia somente vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, o que fez surgir a desconfiância de que estaria traficando substâncias entorpecentes**. Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não há, da mesma forma, nenhuma menção a qualquer atitude suspeita, **externalizada em atos concretos**, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, quando o réu avistou os policiais militares, correu para dentro de sua residência, onde foi abordado. Aliás, a própria concentração fático-temporal dos acontecimentos – tudo se passou muito próximo e muito rápido – torna inclusive duvidosa eventual caracterização de "fuga".

O que se tem, portanto, dos elementos coligidos aos autos é apenas a **intuição** acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, o que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, **não configurou, por si só, "fundadas razões"** a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial.

Superior Tribunal de Justiça

Tenho, assim, que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante – com o devido respeito aos que compreenderam de forma diversa – não passou de **mero acaso**, de maneira que a entrada no domicílio do acusado, nesse caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito. Sem eficácia probatória, portanto, a prova obtida ilícitamente, por meio de violação de norma constitucional, o que a torna imprestável para legitimar todos os atos produzidos posteriormente.

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

Por conseguinte, inadmissível também a **prova derivada** de conduta ilícita – no caso, a apreensão de **18 pedras de crack** no interior da residência do recorrido –, pois evidente o **nexo causal** entre uma e outra conduta, ou seja, a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. Não se pode, evidentemente, admitir que o aleatório subsequente, fruto do ilícito, conduza à licitude das provas produzidas pela invasão ilegítima.

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

Também merece destaque a compreensão de que a afirmação feita pelo acusado em seu interrogatório realizado em juízo – de que "estava no interior da residência e **abriu o portão para os policiais entrarem**" (fl. 137) – demonstra muito mais uma situação aguda, uma vontade externada **sob domínio de intensa pressão**, do que uma **pouco crível colaboração** para que, **voluntariamente**, fosse autorizado o ingresso de agentes policiais em sua residência para a busca domiciliar.

Superior Tribunal de Justiça

Em relação ao cenário brasileiro, Cleunice Pitombo, na mesma linha, destaca: "Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo" (*Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 133-134).

Para obviar esse tipo de situação, que instabiliza e põe sob permanente risco referida franquia constitucional, não seria desarrazoado sustentar que a hipótese de flagrante delito a que alude o art. 5º, XI, da Constituição da República deveria – ao menos em **interpretação restritiva compatível para norma que, a rigor, excepciona importantíssima liberdade pública** – denotar a situação em que um crime esteja ocorrendo no interior da residência e a urgência não permite aguardar a providência mais segura cautelosa, a prévia autorização judicial.

Nessa direção assentou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgado da relatoria do Desembargador Grandinetti Carvalho, *verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

(...) A interpretação que mais parece se adequar ao espírito da norma do art. 5º, XI, da Constituição Federal é aquela que indica apenas ser lícito adentrar-se à casa alheia quando esteja ocorrendo um flagrante de tal natureza que haja a mesma urgência em conter a conduta criminosa como nos casos das também excepcionais previsões de desastre ou prestação de socorro. Ou seja, em caso de estarem ocorrendo agressões no interior do imóvel, ou no caso de estar sendo mantida uma vítima de sequestro em suas dependências, por exemplo. Não, de outro lado, no caso de haver suspeitas (ainda que fundadas) de que haja drogas no local. Ora, em tal situação, em nada restaria prejudicada a segurança pública se fosse resguardado o local pela polícia, se o caso, enquanto se pleiteasse a obtenção de um mandado judicial (inclusive em sede de plantão). Ao que tudo indica, o objetivo do constituinte foi proteger ao máximo a privacidade, só permitindo sua violação em casos excepcionais, que correspondem às exceções taxativamente previstas no dispositivo constitucional em exame; de dia, por mandado judicial; de noite, ou de dia, em caso de flagrante, desastre ou para prestação de socorro, sem mandado judicial. Nesse contexto, depreende-se que o ingresso em domicílio é uma exceção ao direito à privacidade. Essa interpretação se adequa melhor à tradição constitucional brasileira que, historicamente, permitia o ingresso em domicílio para salvar vítimas de crimes. A Constituição de 1891 o autorizava, à noite, “para acudir vítimas de crimes ou desastres” artigo 72, § 11), no que foi seguida pela de 1934 (artigo 113, nº 16 e 11). Depois de certo laconismo na Carta de 1937 (artigo 122, n. 6), a de 1946 voltou a repetir a locução finalística “para acudir vítimas de crimes e desastres”, à noite (artigo 141, § 15). As Constituição de 1967 limitou-se a se referir a crime ou desastre. A atual Constituição inova em relação ao tema ao referir-se a flagrante, não mais a crimes. No entanto, em homenagem à tradição constitucional brasileira e ao princípio da inviolabilidade do domicílio, que deve ser a regra enquanto a limitação deva ser exceção, deve-se manter a interpretação de que somente o flagrante próprio autoriza o ingresso em domicílio.” (TJRJ APL: 03736851320108190001 RJ 037368513.2010.8.19.0001, Relator: DES. GRANDINETTI CARVALHO, Data de Julgamento: 10/04/2012, SEXTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/07/2012)

Portanto, pelo contexto fático delineado nos autos, **em que pese eventual boa-fé dos policiais militares**, entendo que não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a invasão de domicílio. Eis a razão pela qual, dado que a casa é asilo inviolável do indivíduo, desautorizado estava o ingresso na residência do recorrido, de maneira que as provas obtidas por meio da medida invasiva são ilícitas, bem como todas as que delas decorreram, tal como decidiu o acórdão recorrido, ao concluir pela absolvição do recorrido “por ausência de prova da materialidade do crime imputado” (fl. 234).

VII. Dispositivo

À vista de todo o exposto, não vejo malferimento de norma legal que autorize a pretendida reforma do acórdão impugnado. Por conseguinte, **nego provimento** ao recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e mantenho a absolvição do recorrido.