

TESE 94

Proponente: Wesley Sanches Pinho

Área: Criminal

Súmula: A natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida.

ASSUNTO

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A presente tese se relaciona à atribuição da Defensoria Pública de promover a defesa de pessoas carentes acusadas da prática de infrações penais, bem como à de garantir o respeito aos direitos humanos dos cidadãos contra arbitrariedades praticadas pelos agentes do Estado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Conforme ensina a doutrina, "*o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranqüilidade da vida íntima*" (BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 289).

Considerada a essencialidade da proteção ao domicílio para a garantia da tranqüilidade e bem-estar dos indivíduos, as hipóteses em que agentes do Estado ou mesmo terceiros podem ingressar em habitação alheia sem autorização do morador são limitadas, pela Carta Magna, às seguintes: a) flagrante delito; b) desastre; c) para prestar socorro; d) por determinação judicial, durante o dia.

No que interessa à tese, para que não se esvazie o comando contido no art. 5º, XI, da Carta da República, há de se convir que o que justifica o ingresso no domicílio é a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito. Destarte, não se confunde com a invasão arbitrária da residência seguida do encontro casual de algo ilícito, ao argumento de tratar-se de infração penal permanente. Quanto ao ponto, vale mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro não faz ressalva em relação à classificação jurídica do delito como permanente ou instantâneo para fim de admitir o ingresso em casa alheia.

Se, por um lado, o art. 5º, XI da CF, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação ao elencar o flagrante ao lado de hipóteses excepcionais como desastre ou para prestar socorro, é certo que, como ensina Delmanto, nem todo crime permanente denota essa emergência:

"[...] 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 seqüestro, 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" (DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 324).

Entender de forma diversa implica admitir que o Estado pode, arbitrariamente, invadir domicílios na esperança não fundamentada de efetuar prisões em flagrante, tornando letra morta tanto o dispositivo da CF acima citado quanto o que dispõe o art. 17, "1" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 11, "2" da Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos vigentes no Brasil com *status* de norma materialmente constitucional.

Não se pode afirmar que estará justificada a invasão do domicílio quando os agentes de segurança pública, após procedimento irregular, venham a descobrir uma infração penal, mesmo porque, do contrário, qual é a necessidade de pedir autorização judicial se, encontrado algo ilícito no domicílio de alguém após uma busca ilegal a prova for validada? E mais, qual é a consequência para as situações em que a busca ilegal é infrutífera?

De outro vértice, é certo que uma simples "denúncia anônima" não pode fundamentar o ingresso de forças policiais em casa alheia, sob pena de que ela tenha a mesma força de uma decisão judicial. Quando a polícia, após receber uma delação apócrifa a respeito da existência de material ilícito no domicílio de um cidadão, resolve lá adentrar, fora das situações de emergência, fere de morte o princípio da separação dos poderes, invadindo a esfera de competência constitucionalmente reservada ao Poder Judiciário, a quem cabe analisar se a tal delação consubstancia, ou não, fundada razão para que a medida seja levada a efeito. Constitui, ainda, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mais, a autorização dada pela Constituição da República para que haja o ingresso domiciliar em caso de flagrante consubstancia norma excepcional, e, como tal, deve ser restritivamente interpretada, seguindo princípio basilar da hermenêutica jurídica.

É importante que a Defensoria Pública provoque o Poder Judiciário para que este assumo o seu verdadeiro papel – de aplicador da lei e garantidor dos direitos individuais dos cidadãos, e não de combatente do crime – de sorte a não dar carta branca à polícia para entrar em qualquer residência independentemente da existência de ordem judicial, respaldando arbitrariedades.

Vale lembrar que a tese vem ganhando guarida de algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"[...] Ademais, há que se considerar que os relatos policiais revelam a ilegalidade da busca domiciliar conduzida na madrugada, sem qualquer respaldo legal, que importou em violação de norma constitucional e processual, quais sejam: (I) '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' (Constituição Federal, art. 5º, inciso XI); (II) 'quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado' (Código de Processo Penal, art. 241). E não há que se falar que no crime permanente dispensa-se o mandado judicial de busca domiciliar, pois a ilicitude aqui antecede a apreensão da droga e está consubstanciada no ingresso dos policiais em casa alheia [...]" (TJSP, Apelação criminal nº 0020153-57.2006.8.26.0224, 7ª Câmara Criminal, Rel. Francisco Menin, j. 03.02.2011).

"[...] A prisão como efetuada ofendeu o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, pois se deu mediante violação de domicílio. E da estrita particularidade do caso dos autos, não se encontra a ação policial respaldada na exceção permissiva constitucional de ingresso em domicílio, no período noturno, pelos agentes do Estado, consistente na ocorrência de flagrante - permanente ao delito como capitulado - já que viciada de ilegalidade em sua origem. Não há nos autos policiais, como bem frisou o d. Juízo, informações robustas, de fonte idônea, acerca da prática do ilícito no local. E tal ação, ainda que independente fosse da campana, se deu mediante conduta arbitrária, entendendo-se a arbitrariedade em seu conceito gramatical, como avesso à lei, já que os agentes, respaldados apenas na afirmação de que 'receberam notícia anônima do crime' invadiram a residência em período noturno. Também é arbitrária a conduta no sentido jurídico, uma vez poder o agente público, no caso o servidor público policial, pelo ato da prisão, agir apenas de modo discricionário, sempre obedecendo os limites legais. Não fizeram. Foram ao local e invadiram a residência da vítima, não constando nos autos policiais a descrição da maneira com que tiveram acesso ao interior da residência. Não se tratava de perseguição, tampouco foi a ação calcada em fidedigna notícia de prática ilícita. Além disso, como sabido, incumbe às autoridades policiais investigar fatos - não pessoas. Inadmitida, assim, a invasão de domicílio para a devassa dos bens e revista dos moradores, sem precedente justa causa ao ato. Assim, e pela estrita particularidade do caso dos autos, de rigor a manutenção da decisão atacada [...]" (TJSP, Recurso em sentido estrito nº 990.09.332.009-6, 16ª Câmara Criminal, Rel. Newton Neves, j. 04.05.2010).

Assim, quando a prova material que fundamenta a acusação for obtida por intermédio da invasão ilícita do domicílio do imputado, deve ser aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada, abraçada pelo art. 157, § 1º do CPP, para o fim de desentranhar dos autos todos os documentos que se refiram à apreensão de objetos, substâncias, materiais ou artefatos cuja simples posse pelo agente constitua crime permanente.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

É muito comum que os Defensores Públicos que atuam na área criminal se deparem com a seguinte situação: a Polícia Militar ou a Polícia Civil, sem a prévia autorização judicial, invade o recinto e, lá chegando, apreende drogas, armas ou outros objetos cuja simples posse tipifica infração penal.

Nas audiências de instrução os policiais, sem constrangimento algum, dizem que ingressaram no domicílio para fazer buscas pelo simples fato de que o bairro é conhecido pelo alto índice de criminalidade, ou porque suspeitavam dessa ou daquela pessoa, ou mesmo porque havia informações de que, no local, residem indivíduos com prévias passagens criminais.

Empreendem-se "operações" de combate ao tráfico em que diversas casas situadas em comunidades carentes são invadidas e revistadas, sujeitando inúmeras pessoas humildes e sem nenhum envolvimento com a prática delitiva a humilhações das mais variadas: armários são revirados, móveis desmontados, mantimentos guardados na despensa são jogados no chão, geladeiras são abertas e vasculhadas e o tratamento dado pelos "agentes da lei" passa longe da urbanidade exigida para o exercício da função pública.

O proceder adotado pelos policiais - que acreditam estarem prestando um serviço de qualidade para a população, tirando objetos ilícitos de circulação -, todavia, não se verifica nos bairros habitados por pessoas abastadas, que, cientes de seus direitos, não se sujeitam a esse tipo de tratamento inconstitucional, ilegal e invasivo.

Uma vez que, via de regra, os juízos de primeira instância chancelam a atividade policial, argumentando que os delitos permanentes autorizam o ingresso na residência do agente, a polícia, que vê sua atuação respaldada pelo Poder Judiciário, continua agindo da mesma forma. Assim, chega-se ao descabimento de se admitir que, para efetuar a prisão de um indivíduo que guarda em sua residência objetos ou substâncias ilícitas, várias famílias pobres sofram violações a garantias constitucionais, sem sequer haver indícios de que, em seus lares vêm sendo desenvolvidas atividades criminosas.

A Defensoria Pública não pode fechar os olhos para essa prática violadora de direitos fundamentais da população desprovida de recursos materiais. Deve, pois, atuar firmemente no sentido de coibi-la. Para tanto, uma das atitudes possíveis é a maciça impugnação da prova obtida por intermédio da violação do domicílio, de sorte a desestimular a repetição do comportamento policial arbitrário.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A operacionalização da tese é fácil.

Os Defensores Públicos com atuação criminal podem alegar a ilicitude da apreensão do objeto, substância, material ou artefato como preliminar da resposta escrita prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal ou da defesa preliminar mencionada no art. 55 da Lei nº 11.343/2006.

Ademais, a tese pode ser sustentada em debates orais, memoriais escritos e em recursos de apelação.

Também é possível a interposição tanto de recurso especial, pois há divergência entre tribunais a respeito do tema, bem como de recurso extraordinário, porquanto, a par da já demonstrada violação a preceito constitucional quando se declara a validade da prova amealhada após a invasão de domicílio, a matéria versada na tese se reveste

de grande relevância social, de modo a satisfazer o pressuposto da repercussão geral, exigido para que o apelo extremo seja conhecido.

Por fim, nada obsta a impetração de *habeas corpus*, desde que as alegações estejam comprovadas nos documentos que deverão instruir o *writ*.