

ENTRADA DA POLÍCIA EM RESIDÊNCIAS SEM MANDADO JUDICIAL E O JULGAMENTO DO HC N. 59801 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rogério Schietti Cruz¹

A análise a ser desenvolvida neste artigo apresenta as questões subjacentes ao tema do direito à inviolabilidade do domicílio, enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do HC n. 598.051, assim detalhadas:

1. Na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de **standard probatório, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?**

2. **O crime de tráfico** ilícito de entorpecentes, classificado como de natureza permanente, **autoriza sempre o ingresso sem mandado no domicílio** onde supostamente se encontra a droga?

3. **O consentimento** do morador, para validar o ingresso no domicílio e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, sujeita-se a quais **condicionantes de validade?**

4. A **prova dos requisitos de validade do livre consentimento** do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita?

5. Qual a **consequência, para a ação penal, da obtenção de provas** contra o investigado ou réu, com **violação a regras e condições legais e constitucionais** para o ingresso no seu domicílio?

1 Doutor e Mestre em Direito Processual (USP)
Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UniNove
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

I. STANDARDS DE PROVA PARA INGRESSO EM DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES (JUSTA CAUSA, CAUSA PROVÁVEL).

O Brasil caminha, posto que ainda lentamente, rumo à adoção da teoria dos standards de prova como meio de fornecer segurança jurídica aos profissionais do direito, na averiguação da hipótese fática e sua comprovação. É dizer, “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: RT, 2019, p. 236).

Há necessidade de diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de standard de prova. E, por óbvio, 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) do que 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.

Despiciendo sublinhar, por oportuno, que toda medida que restringe direitos fundamentais deve ser fundamentada e racionalmente controlável, independentemente do momento processual, de modo a oferecer **parâmetros objetivos de justificação**.

II. PRECEDENTES E DOUTRINA SOBRE A NECESSIDADE DAS FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO DOMICÍLIO

A jurisprudência e a doutrina pátria entendiam, até recentemente, que, por ser o tráfico de drogas de um crime de natureza permanente, no qual a consumação se protraí no tempo, estaria autorizado o ingresso em domicílio alheio a qualquer momento e sem necessidade de autorização judicial ou consentimento do morador, o que decorria de interpretação

literal do permissivo constitucional, que alude a “flagrante delito” entre as hipóteses de ressalva à inviolabilidade domiciliar.

Porém, o **Supremo Tribunal Federal** aperfeiçoou esse entendimento, a partir do julgamento do **RE n. 603.616/RO** (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 5/11/2015, DJe-093), **com repercussão geral previamente reconhecida**. Na oportunidade, o Plenário assentou a seguinte tese, referente ao **Tema 280**: “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” (destaquei).

Salientou, ainda, que a **interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir**, mas que já antevia importante avanço na proposta de definição da exigência da justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca domiciliar, de sorte a trazer **mais segurança tanto para os indivíduos** sujeitos a tal medida invasiva **quanto para os policiais**, que deixam de assumir **o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade**, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

Em verdade, a atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante, como pontua Ademar Borges Filho, conclusão que extrai de pesquisa realizada pelo Ipea em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013. E, em relação ao tema objeto deste *writ*, no caso dos delitos que envolvem tráfico de entorpecentes, **91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial** (BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 47), o que, seguramente, implica o afastamento de direitos fundamentais de pessoas que, por sua condição social e hipossuficiência econômica, habitam moradias nas periferias dos grandes centros urbanos.

Tome-se, como exemplo, o que conclui relatório produzido pela **ONG Redes da Maré**, no qual se destaca que “segundo o padrão dos anos anteriores, a invasão de domicílio foi a violação de direito prepon-

derante em 2018, atingindo 37% das pessoas acolhidas” (Disponível em <https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/Boletim-SegPublica2018.final.pdf>. Acesso em: 5/12/2020).

É preciso, neste ponto, enfatizar que, ao contrário do que se dá em relação a 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.** Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência.

Certamente, a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado e da criminalidade violenta exigem postura mais efetiva do Estado. No entanto, **a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes estatais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais destes últimos, de que o local supostamente é ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada.**

Não se desconhece que a **busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria.** No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em **justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados.**

A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas

abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

De nenhum modo se pode argumentar que, por serem os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas legalmente equiparados aos hediondos, as forças estatais estariam autorizadas, em relação de meio a fim, a ilegalmente afrontar direitos individuais para a obtenção de resultados satisfatórios no combate ao crime. Em outras palavras, conquanto **seja legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República.**

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 avaliação subjetiva e intuitiva**, entrar de maneira forçada na residência de alguém para verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente.

Aliás, releva destacar que os tribunais, em regra, tomam conhecimento dessas ações policiais apenas quando delas resulta a prisão do suspeito, ou seja, quando atingem o fim a que visavam. **O que dizer, então, das incontáveis situações em que agentes do Estado ingressam em domicílio, muitas vezes durante a noite ou a madrugada – com tudo o que isso representa para os moradores da residência – e nada encontram?**

Quem poderá avaliar o constrangimento, o temor, o trauma mesmo que uma ação dessa natureza causará a pessoas – **crianças e idosos, inclusive** – que sofrem tamanha invasão em suas intimidades e tranquilidade, as quais imaginavam e esperavam estar preservadas dentro de seus respectivos lares?

Sobre esse risco de ocorrerem **abusos no ingresso de domicílios** de suspeitos, Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa advertem:

Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas **essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5º 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. (*Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas.* Boletim do IBCCRIM, e 7/6/2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5797/>. Acesso em: 27/2/2021. Destaquei)

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, **sem o consentimento válido e inequívoco do morador**, ingressar na residência deste, 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” (SAR-

LET, Ingo Wolfgang et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461).

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 a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não derivem de mera desconfiança policial, apoiada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, **não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.**

Pense-se, como explicações para tal comportamento, na situação em que esteja o suspeito com medo de ser vítima de uma arbitrariedade, ou com receio 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 momentânea da pessoa, mas **não justificariam o ingresso em seu domicílio.**

Assim, a menos que se possa inferir a urgência da drástica medida contra a inviolabilidade do domicílio, que afastaria a necessidade da obtenção do mandado judicial, não haverá razão séria para a mitigação dessa garantia constitucional, **mesmo 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.

O entendimento de nossa Suprema Corte – e do Superior Tribunal de Justiça – se alinha, portanto, ao que vem decidindo, com detalhamento muito maior, sua homóloga Corte norte-americana, que tem deixado clara sua preferência pelo uso do mandado de buscas (*warrant preference*), de modo a submeter os pedidos de oficiais da Polícia ao escrutínio de um magistrado (*scrutiny of a magistrate*), de forma imparcial e desinteressada (cf. WEAVER, Russel L. *et al. Principles of criminal procedure*, 2. ed., St. Paul: Thomsom West, 2004, p. 64).

Veja-se o que a Suprema Corte decidiu em *Illinois v. Gates*, 462, U.S. 213, 238 (1983), no sentido de que, para justificar a emissão de um mandado de busca domiciliar, “o Governo deve estabelecer uma *fair probability* de que os **específicos itens procurados são a prova de uma atividade criminal e que aqueles itens estão presentemente localizados no específico lugar descrito no formulário de mandado de busca**” (WEAVER, Russel L. et al. op. cit., p. 68).

Maior ainda há de ser o rigor na avaliação do ingresso domiciliar **sem mandado judicial**. Ao comentar a legislação espanhola, Iñaki Esparza Leibar anota:

Ningún funcionario de policía podrá efectuar un registro sin la debida orden que lo autorice, excepto se acredita fehacientemente no sólo que existe una **probable causa** que fundamente eventualmente una orden de registro, sin que **también deberá mostrar la existencia de circunstancias urgentes que impiden la obtención de una orden de registro sin grave riesgo de pérdida, daño o destrucción de la evidencia que se pretende lograr, en el tiempo que transcurrirá hasta la efectiva obtención de la orden** (LEIBAR, *apud* PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 124).

III. A URGÊNCIA DA INTERVENÇÃO POLICIAL, A AUTORIZAR A DISPENSA DO MANDADO JUDICIAL

Partindo-se, portanto, da compreensão de que é necessária, para o ingresso domiciliar não autorizado e não consentido, a existência de elementos mínimos (justa causa, fundadas razões, causa provável) que indiquem a prática de crime sendo cometido no interior da residência, é **impositivo delimitar, então, se toda e qualquer situação de crime de tráfico de drogas pode legitimar o sacrifício do direito à inviolabilidade do lar**, por ação de agente de segurança pública.

Para tal delimitação, releva rememorar que o crime de tráfico de drogas, por seu **tipo plurinuclear**, enseja **diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas**, nem mesmo identificadas quanto à respectiva dinâmica delitiva. A título meramente exemplificativo, mencione-se o caso em que determinado indivíduo, **surpreendido** comprovadamente **comercializando certa quantidade de drogas**, empreende **fuga** para o interior de sua residência e, imediatamente, é **perseguido** por policiais, que buscam sua prisão em flagrante delito. Ou a situação em que agentes estatais, realizando campana defronte a uma casa, **registram o movimento de ingresso e saída de pessoas**, após curto período de permanência, sugerindo o comércio de drogas, em confirmação a notícia anterior recebida. Nessas situações, **há evidências muito consistentes de que um crime está sendo cometido no interior da morada**, que poderia, em tese, justificar a invasão de domicílio.

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**. Nada obstante, 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.

Logo, **a autorização judicial é o caminho a tomar, de sorte a evitar situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do(s) agente(s) da segurança pública autor(es) da ilegalidade**, além, é claro, da nulidade – amiúde irreversível – de todo o processo, até mesmo transitado em julgado, com evidente prejuízo não apenas ao Poder Judiciário, mas, especialmente, à sociedade.

Gisela Wanderley, em notável dissertação de mestrado na Universidade de Brasília, com muita acuidade pontuou que:

[A] situação de flagrante delito, em especial nos casos de crimes permanentes, não necessariamente configura uma hipótese de urgência, a qual justificaria o excepcional ingresso na residência a qualquer tempo e sem controle prévio de legalidade. Com efeito, especial-

mente em virtude da proliferação de tipos penais de perigo abstrato na legislação, diversas situações de flagrante delito não implicam perigo nem mesmo potencial a bem jurídico. Assim, é crucial notar que há crimes cuja situação de flagrância implica situação de urgência e crimes cuja situação de flagrância não implica situação de urgência. Nessa esteira, pode ser particularmente **elucidativo o contraste entre os crimes de sequestro (CP, art. 148) e de posse de entorpecentes em depósito (Lei 11.343/2006, art. 33)**, ambos crimes permanentes passíveis de cometimento em ambiente domiciliar. No primeiro caso (sequestro), o dano ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (liberdade individual) se prolonga ao longo da execução do crime e justifica a entrada imediata no domicílio a fim de cessar a prática delitiva. **No segundo caso (posse de entorpecentes em depósito), não se verifica uma situação de dano, nem de perigo concreto, nem de perigo potencial, configurada pela mera presença de substâncias entorpecentes no interior da residência. Não há situação de urgência**, portanto, que dispense o controle prévio da legalidade da medida. Não por outra razão, **a própria Lei 11.343/2006 (cf. art. 53, II) 9) autoriza o “flagrante diferido” na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, exatamente porque se trata de crime cuja prática não desencadeia situação de dano ou de perigo concreto.** Assim, como a prática delitiva não demanda a sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar dano, permite-se que, **mesmo diante de situação de flagrância, a investigação seja diferida no tempo a fim de angariar elementos de informação mais robustos e abrangentes.** É curioso notar, no ponto, que o flagrante diferido somente pode ser realizado com a devida autorização judicial prévia, acrescida da oitiva de membro do Ministério Público. Trata-se de importante previsão legal, que **submete o acompanhamento policial diuturno das rotinas dos suspeitos a escrutínio judicial, evitando-se a banalização da devassa da vida privada**, ao arrepio do disposto no inc. X do art. 5.º da CF/1988. **Torna-se evidente, assim, que a situação de flagrância não apenas não constitui hipótese de obrigatoriedade da intervenção policial, como também não**

constitui hipótese impeditiva do controle judicial de validade da intervenção policial orientado à proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos. Nesse contexto, é forçoso concluir que a situação de flagrância, diante dos atuais termos da legislação penal e processual penal vigente, não equivale a uma situação de urgência. Ao contrário, **a própria legislação infraconstitucional indica a não coincidência entre flagrância e urgência ao permitir a postergação da prisão em flagrante em casos determinados**, em que a melhor instrumentalização da investigação justifica o retardo na interrupção da prática delitiva. Assim, constata-se que a mera situação de flagrante delito, nos termos em que definida pela legislação infraconstitucional (CPP, art. 302 c/c 303), não é suficiente para justificar a excepcional dispensa de autorização judicial prévia para a prática de busca domiciliar, a qual se restringe apenas aos casos de urgência, nos quais se inviabiliza o controle prévio de validade do ato. No ponto, reitere-se que, em especial nos casos de crimes de perigo abstrato, que ora se disseminam na legislação pátria, a prática delitiva não implica perigo concreto ou dano ao bem jurídico que justifique a intervenção policial imediata. **Assim, não há empecilho a que o policial requeira autorização judicial para a entrada forçada em domicílio. Nessa trilha, torna-se evidente que a presunção de urgência nos casos de flagrante delito não pode ser interpretada como absoluta, sob pena de se viabilizar o esvaziamento do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar por meio da legislação penal infraconstitucional.** (*Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24089/3/2017_GiselaAguiarWanderley.pdf. Acesso em: 4/10/2020, destaqui).

Vale a menção ao direito norte-americano, em especial a exceção das *exigent circumstances*, que permite as buscas independentemente de mandado judicial, que é a regra, evidentemente, quando se trata de obter prova de crime dentro de um local habitado. Assim, a Suprema Corte au-

toriza a busca e apreensão domiciliar quando a Polícia, sem mandado, depara com certas circunstâncias, como, por exemplo, **quando se ouvem gritos por ajuda de dentro de um imóvel**. A Corte entende que essas circunstâncias autorizadoras do ingresso no domicílio incluem a necessidade de “assist persons who are seriously injured or threatened with such injury” (**ajudar pessoas gravemente feridas ou ameaçadas de sofrer tal lesão**), ou a necessidade de intervir “**para prevenir a destruição de provas**”, ou no **curso de perseguição a um criminoso perigoso em fuga** (“*dangerous fleeing felon*”) e **não seja possível, cercando a casa, aguardar o mandado para nela ingressar**. (WEAVER, Russel L. et al. *Principles of criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: Thomson West, 2007).

É preciso, assim, avaliar, com mais rigor, o ingresso em domicílio alheio com as usuais justificativas de ser urgente a situação porque havia indícios fortes de que existia droga na residência onde se deu a operação e de que eventual atraso poderia comprometer não apenas a prisão do suspeito como também a apreensão do corpo de delito do crime previsto na Lei Antidrogas.

IV. AVALIAÇÃO DO SUPOSTO CONSENTIMENTO DO MORADOR PARA O INGRESSO POLICIAL NA RESIDÊNCIA

Neste ponto reside a questão que, a meu aviso, mais demanda **posição firme dos tribunais pátrios** na análise dos autos de prisão em flagrante decorrentes de ingresso em domicílios pelas polícias.

E é também este o ponto central do precedente ora analisado (HC n 598.051), i.e., o que estabelece nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais.

Isso porque, não há, no âmbito normativo, previsão de **requisitos ou condições a serem observados para minimizar o risco de abusos em buscas domiciliares** – salvo a formal advertência constante do art. 248 do CPP, de que “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência” – **derivadas de suposto flagrante por crime de tráfico de**

entorpecentes, na hipótese em que, pelo auto flagrancial, informa-se ter havido autorização do morador ou do próprio suspeito para o ingresso no domicílio.

Ainda me valho da pesquisa de Gisela Aguiar – apoiada em trabalhos paralelos de igual temática – que evidencia o componente racial e social **das abordagens policiais em grandes centros urbanos**. Confira-se o seguinte excerto:

Batitucci et al. (2014, p. 14) notam então que a suspeição policial se ampara em dois tipos de indicadores interligados entre si: “características do indivíduo (roupas, atitudes, reação à aproximação da polícia), bem como características relacionadas aos lugares ou territórios (alta criminalidade, grande disponibilidade de alvos, horário, etc.)”. Nenhum dos dois indicadores possui correlação com as condutas criminalizadas ou proibidas na ordem jurídica. Nesse contexto, não há impedimento a critérios preconceituosos para a abordagem, embasada não no “uso da informação investigativa livre de preconceitos”, mas no “consenso de que determinadas características humanas se apresentam incompatíveis com alguns ambientes específicos” (COSTA, 2013, p. 42). [...]

Nesse cenário, **em um país marcado por alta desigualdade social e racial, a construção da suspeita com base em critérios subjetivos e no senso comum tende a se amparar na estigmatização de grupos e tipos marginalizados como potenciais criminosos, cristalizados como tipos ideais de suspeitos. A suspeição repousa assim sobre uma conjunção de fatores subjetivos considerados de risco, tais “como idade, gênero, cor, classe social, geografia, vestimenta, comportamento e situação de policiamento”** (TERRA, 2010, p. 78). **Por isso, as abordagens tendem a voltar-se contra grupos já objetos de exclusão, a qual é então reproduzida pela repressão policial.**

Contudo, ainda que a prática da filtragem racial seja negada entre os interlocutores, muitos dos elementos que compõem a chamada fundada suspeita remetem a um grupo social específico, caracterizado pela faixa etária, pertença territorial e que exhibe signos de um estilo de vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e

que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura “da periferia”. Conforme atestam os depoimentos, a vestimenta e a postura corporal são consideradas indícios empíricos a fundamentar a suspeita policial (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 9). (WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos*. RBCCRIM, v. 135, set. 2017, p. 189-229, destaquei).

A avaliação da douta pesquisadora encontra eco no cotidiano nacional, **que compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos de todos, independentemente de posição social, condições financeiras, profissão, local da moradia, cor ou raça.**

Nesse mesmo sentido, a professora Yanilda González, da Universidade de Harvard, em recentíssimo trabalho sobre práticas policiais autoritárias em democracias latino-americanas, demonstrou que **os abusos praticados por forças de segurança costumam ser naturalizados pelo sistema político:**

*São Paulo’s police forces, particularly the state’s Military Police (PM), exemplify the stubborn persistence of distinctly authoritarian modes of coercion, perhaps to a much greater extent than the other police forces analyzed in this book. The São Paulo case is also the most illustrative of how the endurance of these coercive practices – politicized coercion and widespread deadly violence largely unconstrained by the law and external accountability – is sustained through democratic processes rather than in spite of them². (GONZÁLEZ, Yanilda Mariá. *Authoritarian Police in Democracy: contested security in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 77)*

2 Em tradução livre: As forças de segurança de São Paulo, em particular a Polícia Militar, exemplificam a teimosa persistência de modos de coerção distintamente autoritários, talvez em grau muito maior do que as outras forças policiais analisadas neste livro. O caso de São Paulo também é o mais ilustrativo de como a resistência dessas práticas coercitivas – repressão e violência mortal generalizada não controlada nem pela Lei nem por controle social - é sustentada por meio de processos democráticos, e não apesar deles.

Yanilda González, ainda, em *Authoritarian Police in Democracy*, trabalha com o conceito de “**cidadania estratificada**”, em que as estratégias de policiamento são determinadas por marcadores de desigualdade, como raça, classe e geografia, promovendo assim acessos diferenciados a direitos perante instituições estatais”, *in verbis*:

Conversations with black and low-income civil society activists from all corners of São Paulo's peripheries similarly revealed what I call “stratified citizenship,” wherein policing strategies are determined by markers of inequality such as race, class, and geography, thereby promoting divergent access to rights and relationships to state institutions [...]. A human rights lawyer who works with victims of police violence in the eastern zone of São Paulo, for instance, said: “When police come to a favela, it’s a no man’s land. No resident is going to come up to a police officer and say, “You can’t enter, you don’t have a warrant”. There are constant police abuses in the region. When a person is stopped, they are seen by police as criminals, just for being poor. [They experience] humiliation, torture, aggressions. They are treated like criminals just for living in the periferia. The police stop will be violent - he will be treated like a criminal”³. Another human rights activist in the far eastern zone of São Paulo similarly described “the audacity of the officer when he raids a home... the violence of the police officer when he arrives. And you know that the officer is also black, that he is also poor, that he was also raised in the community. But this is the effect of the state itself [on him].”⁴

(GONZÁLEZ, Yanilda Mariá. *Authoritarian Police in Democracy: contested security in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 112)

3 Em tradução livre: Quando a polícia vem para a favela, é uma terra de ninguém. Nenhum morador vai chegar até um policial e dizer: “Você não pode entrar, não tem mandado”. Há constantes abusos policiais na região. Quando uma pessoa é parada, ela é vista pela polícia como criminosa, apenas por ser pobre. [Eles experimentam] humilhação, tortura, agressões. Eles são tratados como criminosos apenas por viverem na periferia. A parada da polícia será violenta - ele será tratado como um criminoso.

4 Em tradução livre: Outro ativista de direitos humanos da Zona Leste de São Paulo descreveu da mesma forma “a ousadia do policial quando invade uma casa... a violência do policial quando chega. E você sabe que o policial também é negro, que ele também é pobre, que também foi criado na comunidade. Mas esta é a ética do Estado [sobre ele]”.

V. O TRATAMENTO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR NO DIREITO COMPARADO

Em outros países trilhou-se caminho judicial assertivo na definição das hipóteses de autorização para ingresso no domicílio alheio, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

Sem dúvida alguma, os **Estados Unidos** nos fornecem mais subsídios para a análise desse tema. De maneira geral, a compreensão da doutrina e da jurisprudência norte-americanas sobre o **consentimento do morador** é a de que, **para ser válido, “deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção** (*“consent, to be valid, ‘must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion”*). (United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citing Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965).

Em **Scheneckloth v. Bustamonte**, 412 U.S. 218 (1973), a SCOTUS estabeleceu algumas **orientações sobre o significado do termo “consentimento”**. Decidiu-se que as buscas mediante consentimento do morador (ou, como no caso, do ocupante do automóvel onde se realizou a busca) são permitidas, **“mas o Estado carrega o ônus de provar ‘que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado”**. O consentimento não é livre quando de alguma forma se percebe uma coação da sua vontade. A Corte indicou que o **teste da “totality of circumstances” deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores relativos ao próprio suspeito** (i.e., se ele é particularmente vulnerável devido à falta de estudos, baixa inteligência, perturbação mental ou intoxicação por drogas ou álcool) e **fatores que sugerem coação (se estava detido, se os policiais estavam com suas armas à vista, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, ou exercitaram outras formas de sutil coerção)**, entre outras hipóteses que poderiam interferir no livre assentimento do suspeito (ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. Criminal procedure. *Constitucional limitations*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 139-141).

Como sintetizado por Rachel Karen Laser (Unreasonable Suspicion: Relying on Refusals to Support Terry Stops. *The University of Chicago Law Review*, v. 62, n. 3 (Summer, 1995), p. 1.161-1.185), “traços subjetivos, incluindo a idade do suspeito, nível de educação, inteligência, a duração da detenção e a natureza do interrogatório são considerados em uma avaliação de voluntariedade da ‘totalidade das circunstâncias’”. (*“Subjective traits, including the suspect’s age, education level, intelligence, the length of detention, and the nature of the questioning are all considered in a ‘totality of the circumstances’ assessment of voluntariness.”*)

Em geral, portanto, **“quando um promotor se apoia no consentimento para justificar a legalidade de uma busca, ele tem o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, dado livre e voluntariamente”** (*“when a prosecutor seeks to rely upon consent to justify the lawfulness of a search, he has the burden of proving that the consent was, in fact, freely and voluntarily given”* (LASER, Rachel Karen, op. cit.)).

São as seguintes, portanto, as diretrizes construídas pela Suprema Corte para aferir a validade do ingresso domiciliar por agentes policiais:

1. **Número de policiais:** a presença de vários agentes do lado de fora da residência é um fator intimidante e, portanto, anula a voluntariedade do consentimento (People v. Michael (1955) 45 Cal.2d 751, 754; U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494; U.S. v. Conner (8th Cir. 1997) 127 F.3d 663, 666; State v. Ferrier (Wash. 1998) 960 P.2d 927, 928);

2. **Suspeito cercado de policiais:** é considerado coercitivo que policiais cerquem ou fiquem ao redor do suspeito enquanto buscam consentimento (U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494, fn. 8);

3. **Atitude dos policiais:** a maneira de se apresentar e de buscar o consentimento pode comprometer a validade da busca se o morador é confrontado de tal modo que a Polícia não aceitará um não como resposta à solicitação (EUA v. Tobin (11ª Cir. 1991) 923 F.2d 1506, 1512; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 495-6; People v. Boyer (1989) 48 Cal.3d 247, 268);

4. **Exigência da busca:** o consentimento é involuntário se tiver sido dado depois que os policiais disseram ou sugeriram que tinham um

mandado ou algum outro direito legal de realizar uma busca imediata, ou se disseram que, se não permitissem o ingresso, eles obteriam um mandado (*Bumper v. Carolina do Norte* (1968) 391 U.S. 543, 550); *Lo-Ji Sales, Inc. v. Nova York* (1979) 442 U.S. 319, 329; *People v. Challoner* (1982) 136 Cal.App.3d 779, 781; *People v. Baker* (1986) 187 Cal.App.3d 562, 564; *Pessoas v. Byrd* (1974) 38 Cal.App.3d 941, 944; *People v. Rugar* (1966) 244 Cal.App.2d 292, 298; *People v. McClure* (1974) 39 Cal.App.3d 64, 69; *People v. Ruster* (1976) 16 Cal.3d 690, 701; *People v. Jenkins* (1980) 28 Cal.3d 494, 503, fn.9]; *People v. Gurtenstein* (1977) 69 Cal. App.3d 441; *People v. Ward* (1972) 27 Cal.App.3d 218; *People v. Goldberg* (1984) 161 Cal.App.3d 170, 188);

5. **Ameaças ao suspeito:** o consentimento para entrar ou procurar não será considerado voluntário se resultar da ameaça de um policial de, por exemplo, ser preso se não cooperar (*U.S. v. Washington* (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1069; *Wilson v. Tribunal Superior* (1983). Da mesma forma, o consentimento poderá também ser considerado involuntário se o policial disser ao morador que poderia interpretar uma recusa em consentir com a busca como uma confissão (*Crofoot v. Tribunal Superior* (1981) 121 Cal.App.3d 717);

6. **Hora da diligência:** a presença de policiais fardados e armados na porta da residência é algo em si assustador, especialmente se os ocupantes estiverem dormindo. Como observou o Tribunal de Apelações dos EUA, a lei reconhece a “vulnerabilidade especial” das pessoas “despertadas à noite por uma invasão da polícia em sua morada”, o que exige ainda maior cautela no exame de sua validade (*US v. Jerez* (7ª Cir. 1997) 108 F.3d 684, 690; *US v. Ravich* (2ª Cir. 1970) 421 F.2d 1196, 1201).

Em países europeus também se encontra essa preocupação, embora sem a riqueza jurisprudencial da Corte estadunidense.

Cite-se o exemplo da **Espanha**, em que julgados do seu **Tribunal Supremo** (SSTS. 1803/2002, 261/2006 e 951/2007) interpretaram o **art. 18.2 da Constituição da Espanha** de tal modo a construir um rol de exigências para que se tenha como validamente autorizado o ingresso em domicílio alheio. A proteção constitucional da morada concretiza, assim, o **resguardo da inviolabilidade do lar como âmbito de privacidade**,

pela qual o **sujeito é isento e imune a qualquer tipo de invasão a seu espaço por outras pessoas ou autoridades públicas.**

Esse consentimento, *“verdadera 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 Civis e Políticos.

Segundo a Corte espanhola, são os seguintes os requisitos a serem considerados para analisar o consentimento autorizado de ingresso no domicílio:

a) **Consentimento por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos;**

b) A outorga do **consentimento deve ser consciente e livre**, a qual exige que: b1) não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) seja precedida da assistência de um defensor, do que constará da diligência policial, na hipótese em que a pessoa estiver presa ou detida (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, consideradas a “intimidação ambiental” e/ou “a coação que a presença dos agentes da atividade representa”** (STS. 831/2000);

c) O consentimento pode ser prestado por **meio oral ou por escrito, porém sempre vertido documentalmente;**

d) **O consentimento deve ser expresso**, não servindo o silêncio como consentimento tácito (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 favo-*

rabla a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada” (STS 4761/2013);

e) A autorização deve ser dada **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 haja 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* (Tribunal Supremo da Espanha - STS 1803/2002, 4/11/2002).

Semelhante entendimento foi ratificado em novas decisões do Tribunal Supremo espanhol (Sentencia nº 953/2010 (Sección 1, Rec. 447/2010), de 27 de outubro de 2010; Sentencia nº 296/2011 (Sección 1, Rec.11021/2010), de 18 de abril de 2011; Sentencia nº 312/2011 (Sección 1, Rec.10626/2010), de 29 de abril de 2011).

Cleunice Pitombo, acerca do tema, enfatiza que a **anuência do morador para o ingresso alheio em seu domicílio “há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita**. A menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatá-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração, ou de ostensiva não-oposição à entrada. **Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume”** (PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 118). E, em nota de rodapé (97), complementa: **“Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o povo miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo”**.

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, **sem o consentimento válido e inequívoco 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, destaquei).

São, portanto, muitas as variáveis a considerar, e o objetivo dessa enumeração de situações não é apenas o de ilustrar o voto com indicação de precedentes de tribunais estrangeiros, mas o de evidenciar como nós estamos acomodados e deficitários no enfrentamento de um tema que, em nossa realidade, é ainda mais carente de melhor regulamentação ou delimitação quanto ao modo de agir das polícias na execução de buscas domiciliares não autorizadas.

VI. COMPROVAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR

A par da exigência de um livre consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio, questão de fundamental importância diz com o **registro desse consentimento, para assegurar tanto ao suspeito quanto aos policiais a higidez do procedimento.**

Na **França**, seu Código de Processo Penal **exige o consentimento expresso** da pessoa em cuja casa a visita domiciliar tenha lugar e ele deve ser feito por **declaração escrita à mão pelo interessado** ou, se este não souber escrever, o Código de Processo Penal exige que tal circunstância e o assentimento prestado constem do processo:

CPP, Art. 76. Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment.

Assim também ocorre em Portugal, onde o consentimento deve ser expresso e documentado, por qualquer forma:

Relativamente à forma do consentimento, parece-nos resultar da lei que o mesmo não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. A exigência de consentimento expresso pode retirar-se da circunstância de a lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo. (...). Já no que respeita à forma de documentação do consentimento, o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000 veio pronunciar-se no sentido de que a lei processual penal não exige forma especial (pode ser verbal), bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, de qualquer forma, documentado. A documentação do consentimento verbal pode ser efectuada, por exemplo, através de gravação sonora.” (PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005, apud Delloso, A.F.A. e BOTTINI, P. P. O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliárias. In Boletim do IBCCRIM, outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6105/>. Acesso em: 27/2/2021).

Nos **EUA**, também é usual a assinatura de um **formulário** pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio, para atestar a voluntariedade de seu consentimento. Obviamente, eventual recusa em assinar o formulário ou a declaração de assentimento não impede que a busca se realize, **desde que a acusação comprove, por outra forma, que o consentimento foi voluntário** (North Carolina v. Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082).

Tenha-se presente, por sua vez, que **de nada valerá** uma declaração de consentimento **assinada se as circunstâncias indicarem que ela foi obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento** (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601 [“*Formulas of respect for constitutional safeguards cannot prevail over the facts of life which contradict them.*”]; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579

[“[A]n assertion that no promises are being made may be contradicted by subsequent conversation.”].

Dito tudo isso, é de se indagar se essa preocupação com a **salvaguarda de direitos à intimidade e à inviolabilidade do domicílio**, tão marcante em outros povos, não poderia nos induzir a construir algo similar.

Já não é hora de revermos nossa compreensão e frearmos as violações abusivas de lares da população mais carente, exposta permanentemente ao risco de ter sua privacidade exposta por ações de servidores do Estado que, mesmo quando movidos por boa intenção e subjetivamente direcionados ao esclarecimento e à cessação de atividade criminosa, não seguem parâmetros mínimos de proteção à intimidade das pessoas que ocupam a residência, incluído, por óbvio, o suspeito?

O Poder Judiciário, ante a **lacuna da lei ou a omissão do Poder Legislativo**, não pode deixar sem resposta situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E ao Superior Tribunal de Justiça cabe, precipuamente, a função de, ao prestar jurisdição, buscar a **melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também a formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares**.

Deveras, estabelecer os parâmetros de aplicação das regras probatórias do processo penal requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, **projetando a aplicação do Direito para o futuro**, mediante sua adequada interpretação, a partir do julgamento dos casos de sua competência. Como acuradamente assere Daniel Mitidiero (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, com base na interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

Aliás, sobre a responsabilidade de um Tribunal Superior, quando enfrenta **temas sensíveis** e se vê premido a tomar uma posição que im-

plique a anulação de um processo, a juíza da Corte Suprema dos Estados Unidos Sonia Sotomayor, em voto dissidente proferido em debate sobre a licitude de provas (**Utah v. Strieff, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056, 2016**), anotou, com muita propriedade, que:

When courts admit only lawfully obtained evidence, they encourage “those who formulate law enforcement policies, and the officers who implement them, to incorporate Fourth Amendment ideals into their value system.” Stone v. Powell, 428 U. S. 465, 492 (1976). But when courts admit illegally obtained evidence as well, they reward “manifest neglect if not an open defiance of the prohibitions of the Constitution.” Weeks, 232 U. S., at 394. (Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam “aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores”. Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam “negligência manifesta, se não um desafio aberto, às proibições da Constituição” – trad. livre).

VII. PROVIDÊNCIAS PARA A MAIOR TUTELA DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Se nesses países, ditos centrais, há tamanha preocupação em proteger o cidadão contra arbítrios de agentes estatais, o que se dirá em um país como o Brasil, onde são rotineiras as notícias de violações a direitos de moradores, especialmente das periferias dos grandes centros urbanos?

Focando apenas no que interessa ao tema ora em exame, chega a ser, para dizer o mínimo, **ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência**, ciente, pelo senso comum, do que implica tal situação para a intimidade de um lar.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento virtual da **ADPF 635 (cognominada ADPF das Favelas)**, em que se concederam algumas das medidas cautelares postuladas, ao propósito de

minimizar os efeitos do que se chamou de **necropolítica** praticada no estado do Rio de Janeiro, mercê das **rotineiras operações policiais nos morros cariocas, com graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente pela excessiva e crescente letalidade da atuação policial**, voltada sobretudo contra a população pobre e negra de comunidades periféricas.

Na petição inicial da **ADPF**, subscrita pelos advogados e Professores Doutores Daniel Sarmiento, João Gabriel Pontes, Ademar Borges, Camilla Gomes e Pedro Henrique Rezende, pontua-se que,

Além da vida da população e dos policiais, outros direitos fundamentais de máxima importância são atingidos pela referida política de segurança pública. **A parcela mais pobre da população fluminense, que vive em favelas, encontra-se submetida a clima permanente de terror.** Incursões policiais nessas regiões são rotineiramente acompanhadas de tiroteios que ameaçam a integridade física e psicológica dos moradores de comunidade, bem como do seu patrimônio. **Os abusos cometidos pelas forças de segurança em tais ocasiões são conhecidos e frequentes**, e incluem desde xingamentos, destruição de bens, **invasões de domicílio** e subtrações de pertences, até agressões, abuso sexual, uso inadvertido e desproporcional de armas de fogo, detenções arbitrárias, além das execuções extrajudiciais (Petição inicial da ADPF 635, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 28/2/2021, destaquei).

A iniciativa da sociedade civil, por meio dessa ADPF, e a decisão do STF **constituem marco de singular importância na preservação dos direitos fundamentais de parte da população que, com sua invisibilidade econômica e social, vê-se em permanente estado de tensão e, em algumas localidades, até de terror** mesmo, ante a perspectiva de que, a qualquer momento, um morador desavisado seja ferido mortalmente por uma bala perdida, um adolescente seja executado por criminosos ou por agentes estatais, ou que uma guarnição policial invada alguma residência, à procura de drogas, armas ou suspeitos.

Faço lembrar que, ao julgar o **HC n. 138.565/SP** (relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, em 18/4/2017, DJe-170), o Supremo Tribunal Federal analisou a narrativa de que o paciente teria sido perseguido e detido por policiais apenas pelo fato de acharem que ele estava filmando uma operação de combate ao tráfico de drogas, o que ensejou sua condução até sua residência, onde apreenderam 8 g de crack e 0,3 g de cocaína.

O colegiado confirmou a liminar e determinou o trancamento do processo, ocasião em que o relator, oralmente, ao comentar o costume de policiais que dizem ter sido “convidados” a entrar na casa do suspeito, asseriu, *in verbis*: **“Evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja”** (conforme noticiado no sítio eletrônico do STF, em Notícias do STF de terça-feira, 18 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>. Acesso em: 31 ago. 2020).

VII.1. Autorização assinada pelo morador

Nessa direção de tutela do direito à inviolabilidade da morada também foi a intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do **RE n. 603.616/TO**, ao propor **raciocínio paralelo ao que levou o STF à edição da Súmula Vinculante n. 11**, quanto à 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** – ostentando, portanto, alguma 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 e de isonomia de tratamento, **igual providência para a invasão de um domicílio**, quando, *a priori*, tem-se apenas a suspeita da ocorrência de um crime.

Desse modo, se qualquer pessoa – inclusive um magistrado da mais alta Corte do país – não crê ser natural que alguém permita, voluntariamente, que agentes da segurança pública, armados, ingressem em seu domicílio para procurar objetos relacionados a um crime de que é suspeito, é de se **exigir, por conseguinte, que o Estado não dê azo a**

qualquer dúvida quanto à legalidade da diligência e quanto ao livre assentimento do morador que permite a busca domiciliar.

Assim como nas legislações estadunidense, francesa, portuguesa e espanhola, é impositivo que se exija, dos nossos agentes estatais, o **registro detalhado da operação de ingresso em domicílio alheio**, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de **testemunhas** tanto do livre assentimento quanto da busca, em **auto circunstanciado**.

Tal providência, aliás, já é determinada pelo **art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal**, ao dispor que, “[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”. Embora se refira, topicamente, ao cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, por óbvio que também deveria aplicar-se o dispositivo a qualquer forma de busca e apreensão efetuada pelo Estado em domicílios de suspeitos, **com ou sem mandado judicial**.

VII.2. Diligência integralmente registrada em vídeo e áudio

Além disso, será de fundamental importância que se registre, em vídeo e áudio, toda a diligência, máxime nas situações em que, por ausência justificada do formulário ou por impossibilidade qualquer de sua assinatura, seja indispensável comprovar o livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Com efeito, a **validação do processo de recolhimento de provas com ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio e à intimidade das pessoas pode comprometer, quando se trata de prática usual** pelas agências de persecução penal, a **própria essência do Estado Democrático de Direito**, mormente se expressa um **comportamento discriminatório contra moradores das periferias** dos grandes centros urbanos, alvos frequentes de tal prática.

Note-se que já há corporações militares estaduais compreendendo a necessidade de **equiparem seus agentes com câmeras de áudio**

dio-vídeo acopladas ao seu uniforme ou capacete, não só para a **salvaguarda de direitos dos cidadãos**, mas também para a **própria proteção do policial**, cuja atuação, se registrada por filmagem, o imuniza contra injustas acusações à sua conduta funcional.

Pioneira, nessa direção, foi a Polícia Militar de Santa Catarina, que, conforme notícia publicada no portal do Governo do Estado em 22 de julho de 2019, lançou o programa **Câmeras Policiais Individuais**, com a aquisição, em parceria com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 2.425 câmeras, que ficarão implantadas no uniforme do policial militar, de modo a registrar as ações e as interações da PM com o cidadão durante as ocorrências, ajudando a colher provas em flagrante e evitando falsas acusações.

Como referido na notícia, “o uso da câmera aumenta a transparência e a fiscalização das ações policiais; ajuda a conter a reação das pessoas abordadas, pela percepção de que estão sendo filmadas, e, conseqüentemente, reduz a necessidade de uso da força por parte dos policiais.” Além disso, “a transparência e a ética nas ações são fundamentais, tanto para os agentes públicos quanto para os cidadãos. A câmera individual deve regular essa relação com mais eficiência, resguardando vítimas e evidenciando possíveis casos de má conduta, isso de ambos os lados”, ressaltou o governador do estado. (Disponível em: <https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/cameras-individuais-passam-a-integrar-servico-da-policia-militar-de-santa-catarina>. Acesso em: 1º set. 2020).

Igual medida adotou o Governo do **Estado de São Paulo**, movido por episódios de truculência da Polícia Militar em abordagem de suspeitos. Já foram instaladas 585 câmeras em uniformes da PM da capital e prevê-se a aquisição de outras 2.500 delas. Conforme nota da Secretaria da Segurança Pública, “As gravações preservam a atuação dos policiais e os direitos individuais dos cidadãos, além de fortalecer a produção de provas judiciais” (Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/01/pms-da-capital-comecam-a-usar-585-cameras-em-uniformes-apos-casos-de-violencia-policial-durante-a-pandemia-em-sp.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2020).

Essas iniciativas devem ser elogiadas e, mais do que isso, seguidas por todos os governos estaduais, de modo a tornar parte do uniforme de todo policial um equipamento de registro de suas operações, o que, seguramente, resultará na **diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficiência probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e, especialmente no que diz respeito a autuações em flagrante delito e ingresso no domicílio do suspeito, **permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e se, quando houver sido apontado o consentimento do morador, foi ele livremente prestado.****

Até que se ultime tal providência em todas as unidades federativas, não haverá óbice algum a que a guarnição policial, com um aparelho celular dotado de câmera fotográfica, registre a diligência, para sua segurança e para a segurança dos moradores da residência em que se realizou a operação, e muito menos se poderá opor qualquer obstáculo a que os próprios moradores registrem a diligência.

VIII. A FRAGILIDADE DA ISOLADA PROVA ORAL PARA A COMPROVAÇÃO DA DILIGÊNCIA POLICIAL

Tal providência, já implementada em algumas unidades federativas – ainda que em pequena parcela dos agentes – também é um sinal de que, em plena Era da Informação, na qual os registros históricos passam a contar com o auxílio da tecnologia e em que a maior parte dos habitantes do Planeta está interligada e conectada à internet, **o processo penal também necessita acompanhar essa evolução e progressivamente ir reconhecendo a importância de outros meios probatórios, muito mais fidedignos em relação aos fatos e mais confiáveis do que a mera reprodução de testemunhas**, que, como enfatizado linhas atrás, possuem alta dose de subjetividade e de interferências tanto cognitivas quanto mnemônicas.

Dáí por que – mormente em atuação que envolve o afastamento de um direito tão caro quanto a inviolabilidade do domicílio – é indispensável, para a própria credibilidade e idoneidade da prova colhida na cena

do crime, e para a maior segurança do Ministério Público (para acusar) e do Judiciário (para julgar) **que a atuação estatal seja devidamente registrada e testemunhada por pessoas que não apenas os próprios responsáveis pela diligência da qual resulta a prisão em flagrante do suspeito.**

A esse respeito, trago à baila o Relatório Final da **Pesquisa Sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas, realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro**, a partir do exame de um total de **2.591 sentenças** prolatadas pelos juízos da Capital e Região Metropolitana do Rio de Janeiro, no período entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, relacionadas ao cometimento de crimes de tráfico de entorpecentes em geral. A pesquisa permitiu concluir, no tocante à prova oral produzida, que, **em 62,33% dos casos o agente de segurança foi o único a prestar testemunho nos autos.**

E, tendo em vista a expressiva quantidade de sentenças em que a única testemunha ouvida foi o agente de segurança, apurou-se que, **em 53,79% dos casos, o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão. E com base em um universo de 1.979 casos em que a condenação foi baseada principalmente no depoimento dos agentes de segurança, foi possível observar que em 71,14% as únicas testemunhas ouvidas na instrução penal foram os próprios agentes de segurança.** (Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acesso em 8/10/2020).

A pesquisa não detalha em quantos desses casos de condenação por crime de tráfico, nos quais a palavra dos agentes policiais foi determinante, derivaram de ingresso no domicílio do acusado, mas, seguramente – pelas regras de experiência decorrentes do exame de milhares de processos dessa natureza aqui no STJ – **a grande maioria das condenações tomou como referência principal, senão exclusiva, o depoimento dos policiais militares que, ao ingressarem na residência do suspeito, ali encontraram drogas.**

E conquanto não se possa, *a priori*, desmerecer a credibilidade e autenticidade de depoimentos prestados por quaisquer pessoas, especialmente quando são servidores públicos, há de se ter certa cautela em

hipóteses nas quais **a única prova da legalidade da ação estatal é o depoimento exatamente dos agentes públicos cujo procedimento deve ser sindicado pelo exame das circunstâncias autorizadoras do ingresso domiciliar.**

Bem a propósito, pontuam Gabriel Abboud e Caio Prata:

De modo geral, o argumento utilizado para legitimar a utilização do testemunho de policiais militares que diligenciaram o injusto objeto de julgamento, como fundamento de uma decisão condenatória, circundam duas assertivas: (a) a não delimitação, por parte do CPP, de quem pode ou não ser testemunha; e (b) o fato de gozarem, as declarações das autoridades, de presunção de veracidade. [...]

Há uma relação de interesse evidente entre o policial e a causa para a qual serve de testemunha. Ao mesmo tempo, há a influência sofrida pelo *modus operandi* das polícias (e o papel que estas cumprem no sistema punitivo), que atuam reproduzindo as distorções do tecido político que lhe dão causa, abdicando da legalidade que formata a criminalização secundária, o que leva à necessidade de um discurso que distorça os fatos para que se adequem à racionalidade que os tornariam legítimos. Não por outro motivo **a realidade nos informa sobre a atuação arbitrária destes órgãos repressivos, com altos índices de abusos de poder e violação dos direitos individuais.**

Entre a farda e a toga: as contradições da utilização dos testemunhos policiais como elemento justificador da criminalização da pobreza (Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/entre-a-farda-e-a-toga-as-contradicoes-da-utilizacao-dos-testemunhos-policiais-como-elemento-justificador-da-criminalizacao-da-pobreza>. Acesso em: 8/10/2020).

IX. CONCLUSÕES

As considerações e os argumentos ora expostos facilitam responder aos questionamentos feitos de início, de modo a concluir que:

1. Na hipótese de **suspeita de crime em flagrante**, exige-se, em termos de *standard probatório* para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de **fundadas razões** (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. 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**.

3. O **consentimento** do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser **voluntário e livre** de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. **A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado**, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a **operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo**.

5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na **ilicitude das provas obtidas** em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual **responsabilização penal** do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Com base nessas conclusões, e **considerando que não houve comprovação de consentimento válido para o ingresso no domicílio do paciente**, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n.

598.051, concedeu a ordem de habeas corpus, de sorte a reconhecer a **ilicitude das provas** por tal meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, **absolver** o paciente. Fixou, ainda, o **prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias**, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a evitar situações de ilicitude, que, entre outros efeitos, poderá implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal, à luz da legislação vigente (art. 22 da Lei 13.869/2019), sem prejuízo do eventual reconhecimento, no exame de casos a serem julgados, da ilegalidade de diligências pretéritas.

A evolução do entendimento jurisprudencial em nosso país consubstancia valores perenes de nossa matriz civilizacional. Como bem disse William Pitt, Conde de Chatham, em um discurso perante o Parlamento em 1763⁵:

O homem mais pobre pode em sua cabana
desafiar todas as forças da Coroa.
Pode ser frágil, seu telhado pode tremer,
o vento pode soprar por ele,
a tempestade pode entrar,
a chuva pode entrar,
mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!

*The poorest man may in his
cottage bid defiance to all the forces
of the Crown. It may be frail, its roof may
shake, the wind may blow through it,
the storm may enter, the rain may enter,
but the King of England cannot enter!*

5 Lord Brougham, Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III. First Series (1845) vol. 1.