

Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado

Spacca

As medidas de busca e apreensão suscitam sempre polêmica. Entre tantas que poderiam ser tratadas, merecem contínua atenção e crítica algumas práticas policiais de buscas sem mandado judicial que parecem ter se “normatizado”, especialmente em casos de suspeita de prática do delito tráfico de drogas.

Como se sabe, o artigo 5º, XI, da Constituição da República, entre os direitos fundamentais, protege a casa, como asilo inviolável do indivíduo. O mesmo dispositivo estabelece exceções ao direito fundamental. Logo, por expressa previsão constitucional, as seguintes situações autorizam a violação do domicílio, sem o consentimento do morador: (i) flagrância delitiva; (ii) necessidade de prestar socorro; e (iii) autorização judicial.^[1]

No entanto, em muitos casos, policiais adentram residências particulares, sem que presentes quaisquer destas situações excepcionais, sob o pretexto de terem obtido o consentimento do morador. Ainda, há situações corriqueiras de buscas domiciliares, em que se aponta ser desnecessário o consentimento do morador e autorização judicial, especialmente em casos de tráfico de drogas, pois a situação de flagrância se protraí no tempo (a exemplo, v. acórdãos do TJ-SP: Ap 0017747-27.2011.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. 07.08.2014; Ap 0018623-29.2011.8.26.0099, 10ª Câmara de Direito Criminal, j. 14.07.2014; Ap 0000127-84.2012.8.26.0270, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 06.05.2014; HC 2025400-94.2014.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 16.04.2014. V. acórdãos do STJ: AgRg no REsp 1398920/RS, DJe 17.02.2014; RHC 39530/PR, DJe 18.09.2013).

Dessa forma, sob a alegação de que o tráfico de drogas é crime permanente ou de que houve o consentimento da pessoa investigada, convalidam-se ações policiais e provas que merecem análise mais cautelosa, pois muitas vezes são ilegais em sua origem.

Frise-se a importância da discussão sobre a inviolabilidade do domicílio nessas duas situações, especialmente sob o prisma das provas ilícitas. Embora o Código de Processo Penal discipline o tema no título destinado às provas, a medida de busca e apreensão não configura propriamente meio de prova, mas meio de obtenção de prova.^[2] Mediante medidas de busca e apreensão se conservam elementos de provas, de tal forma que, se nulas as medidas, devem ser anuladas as provas obtidas por meio delas (CPP, artigo 157, parágrafo 1º).

Ainda em considerações iniciais, de se ver que a busca e apreensão já inicia, em sua previsão constitucional, como medida excepcional, vale dizer, como exceção ao sistema de proteção dos direitos fundamentais, o que ganha denotada importância para interpretação e aplicação das regras processuais nos casos práticos.

Posto isso, importante analisar a situação do dito “consentimento” do morador, apto a excepcionar a regra da inviolabilidade do domicílio e autorizar a busca sem mandado judicial. Sabe-se que, nas buscas





domiciliares, há um conflito de interesses em jogo — a busca da verdade, para realização da justiça criminal, e a preservação da intimidade e da inviolabilidade do domicílio. O consentimento do morador aparece como primeira forma de solução desse conflito. No entanto, é preciso cautela na sua análise, sempre diante das circunstâncias de obtenção da prova e da atuação da autoridade policial.

Como pontua a doutrina processual penal, durante o dia ou à noite, o morador pode permitir a entrada em sua casa e, nessa situação, dispensa-se mandado judicial para realização de busca domiciliar. O consentimento, porém, deve ser real e livre, despido de vícios como o erro, violência ou intimidação.^[3]

Evidentemente que, em cada caso concreto, o consentimento do morador deve ser analisado com cautela e nunca presumido, especialmente para que se evitem abusos da autoridade policial. Sobre o cenário de muitos casos brasileiros, Cleunice Pitombo 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”.^[4]

O TJ-RS recentemente destacou a invalidade do consentimento de pessoa investigada por tráfico de drogas. Na ocasião, o desembargador relator pontuou: “Não existe previsão legal para a busca domiciliar a partir da permissão informal do proprietário. Do consentimento a que se refere o artigo 5º, XI, da Constituição Federal não se infere que poderão ser realizadas buscas sem determinação judicial, apenas sob a anuência do morador. Se assim fosse, veríamos-nos diante de um quadro temerário, no qual os mandados de busca e apreensão seriam dispensáveis, já que polícia sempre poderia conseguir, extrajudicialmente, o ‘consentimento’ do proprietário. Afinal, é de se ter em conta que, nas circunstâncias descritas nos autos esse aval foi dado sob constrangimento” (Ap 70058172628, relator desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, DJ 24.06.2014).

Destarte, se há o consentimento do morador para buscas domiciliares, algumas questões devem ser bem refletidas: (i) forma do consentimento; (ii) pessoa que consente e seu grau de esclarecimento sobre as implicações da medida.

Sobre a forma do consentimento, deve ser expresso e jamais presumido, sendo que não há previsão legal de forma especial. Relevante destacar doutrina portuguesa que pontua a necessidade de documentação do consentimento, por qualquer forma, mesmo gravada: “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 efetuada, por exemplo, através de gravação sonora”.^[5]

No tocante à pessoa que consente, deve ser aquele titular do direito à inviolabilidade do domicílio. A doutrina destaca que a permissão deve ser do próprio sujeito da medida de busca e apreensão ou de outra pessoa que possa, legitimamente, representá-lo. Ressalvas são feitas, ainda, às habitações coletivas, em que o consentimento por um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros.^[6]

No entanto, maior relevo tem a questão do grau de esclarecimento do morador que consentiu na



realização da busca e apreensão. Para que se solucione o conflito de interesses — busca da verdade para realização da justiça e inviolabilidade do domicílio — por via consensual, é necessário que aquele que consente tenha pleno conhecimento das circunstâncias e consequências da realização da busca domiciliar, bem como que isso seja documentado.

No ponto, não há previsão legal. Contudo, tratando-se de medida que pode implicar a produção de prova contra o próprio morador que consente com a busca, para que ele decida de forma justa e válida se franqueará a entrada em sua residência, necessário que no mínimo lhe sejam esclarecidos seus direitos e o alcance da inviolabilidade do domicílio, bem como as consequências da realização da busca domiciliar. A mesma lógica e o mesmo cuidado são observados nos procedimentos de interrogatórios, tanto judicial quanto policial, a fim de garantir o direito da pessoa de não produzir prova contra si (deriva das previsões constitucionais — artigo 5º, LVII e LXII — e consagrado do Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8º).

Nesse aspecto, surpreendem a doutrina e a jurisprudência espanhola, já sensibilizadas com a questão, ao sustentarem que o consentimento deve ser prestado em circunstâncias que garantam uma decisão consciente e ponderada pelo morador. Defendem, em resumo: “*a) que o consentimento deve produzir-se em condições de serenidade e liberdade ambiental necessárias para autorizar a invasão de um direito fundamental como a inviolabilidade de domicílio; b) que, atendendo ao caráter fundamental do direito tutelado, a diligência se inicie com a informação do visado sobre o alcance do direito à inviolabilidade do domicílio e de seus limites, e com uma pergunta clara e concisa sobre se o visado tolera ou não a intromissão; c) a presença de um ‘letrado’, para garantir a autenticidade da manifestação de vontade, evitando perguntas capciosas ou sugestivas, bem como qualquer forma de coação ou ameaça; d) que entre a solicitação do consentimento e a resposta, por parte do visado, medeie um pedido de tempo suficiente para este medite com calma sobre o assunto e compreenda o significado e alcance da sua resposta*”.⁽⁷⁾

Ao lado da questão do consentimento, importa tratar de outra situação em que muito se alega a desnecessidade de mandado judicial — a situação de flagrante delito em tráfico de drogas. Diversos julgados sustentam que, no delito de tráfico, por seu caráter permanente, há situação de flagrância que se protraí no tempo, o que autoriza ações policiais de busca e apreensão sem mandado judicial.

Nesses casos, lamentavelmente, observa-se a admissão judicial irrestrita de narrativas policiais da existência de mera suspeita de tráfico de drogas, que acaba culminando em medidas invasivas, sem que se proceda à competente análise judicial.

De fato, em muitas ocasiões, os relatos policiais costumam apresentar os seguintes elementos: (i) a partir de informações anônimas ou de usuários, policiais decidem adentrar determinada residência, sem autorização judicial, por haver notícia de ser local conhecido como ponto de tráfico de drogas; (ii) apreendem quantidade de substâncias entorpecentes e, algumas vezes, outros petrechos supostamente utilizados para comercialização dessas substâncias.



Nesse quadro, em primeiro lugar, importa notar que a permanência ou instantaneidade do delito são características irrelevantes para convalidar a invasão do domicílio. No plano teórico, quer o crime instantâneo, como um homicídio, quer o crime permanente, diante de situação de flagrância, autorizam a invasão domiciliar.

O ponto relevante para determinar a possibilidade ou não da entrada no domicílio está nos elementos do caso do concreto que permitiram à autoridade policial concluir pela situação de flagrância e relativizar o direito fundamental (Constituição Federal, artigo 5º, XI). A exemplo, no homicídio pode haver gritos, enquanto no caso de tráfico de drogas, haverá muito provavelmente silêncio.

A esse respeito, interessante frase de recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio” (TJ-RS, Ap 0105880-83.2014.8.21.7000, relator desembargador Jayme Weingartner Neto, 3ª Câmara Criminal, *DJ* 08.08.2014). No mesmo sentido, há julgados do TJ-RS que anularam buscas domiciliares, por não haver situação de flagrância apta a excepcionar a regra do artigo 5º, XI, da CF (Ap 03377639820138217000, relator desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, j. 07.08.2014; Ap 70051270478, relator desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, *DJ* 24.01.2013; Ap 70051282796, relator desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, *DJ* 24.01.2013).

Conclui-se que a autorização para a violação do domicílio, nos casos de flagrante delito, depende de um estado de flagrância claro, constatado antes da invasão do domicílio e passível de demonstração posterior. As suspeitas, fundadas em relatos declarados ou ocultos, devem ser submetidas a prévia autorização judicial, mediante representação.

Frise-se que, mesmo nos casos em que há autorização judicial, é ilegal a busca domiciliar excessiva, como o STF já assinalou (*HC 95.009/SP*, relator ministro Eros Grau, *DJe* 19.12.2008).

Portanto, diante do que se expôs, parece-nos que é necessária uma análise mais acurada das situações que dispensam autorização judicial para invasão domiciliar, em exceção à proteção constitucional (Constituição Federal, artigo 5º, XI). Ainda que haja crime permanente, a invasão domiciliar, sem mandado judicial, diante de suspeitas de tráfico de drogas requer motivação idônea e segura quanto à necessidade, adequação e indispensabilidade da medida.

Além disso, no ponto do consentimento, necessária observância de cuidados, a fim de assegurar que este seja consciente e válido. Frise-se que o consentimento não se presume e requer prova, cujo ônus é do Estado (TRF-2 Região, RSE 200551015058355, *DJ* 22.10.2008). Mais do que isso, parece-nos essencial que sejam esclarecidos, ao sujeito da medida e de forma documentada, os seus direitos, o alcance da inviolabilidade do domicílio e as consequências de sua decisão por franquear a entrada de policiais para a busca domiciliar. Trata-se de medidas mínimas para coibir abusos da autoridade policial e fazer valer um Estado Democrático de Direito.



O presente artigo contou com a colaboração de Ana Fernanda Ayres Dellosso, pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Fundação Getulio Vargas.

([1]) **Fernando da Costa Tourinho Filho** ainda aponta situações, além das previstas constitucionalmente, que permitiriam a violação ao domicílio – causas excludentes de ilicitude, em relação ao crime do art. 150 do CP (invasão de domicílio), como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Estas hipóteses não serão abordadas no presente artigo (Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 407.

([2]) Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 340.

([3]) Pitombo, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 133-134.

([4]) Idem, *ibidem*, p. 133.

([5]) Pinto, Ana Luísa. Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.

([6]) Pitombo, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. *Op. cit.*, p. 134.

([7]) Pinto, Ana Luísa. Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias. *Op. cit.*.

Date Created

11/11/2014