INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

VITOR, Paola Andrade

Resumo : Este estudo objetivou aprofundar a inviolabilidade do domicílio inscritO entre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal (CF) e se alinha dentre os direitos da personalidade. As situações elencadas no artigo 5º, inciso XI da CF, que autorizam a violação de domicílio, sem mandado a qualquer hora do dia ou da noite, são emergenciais e não comportam de modo algum a espera por uma autorização judicial para entrada na moradia alheia: desastre, prestar socorro e flagrante delito. Todavia, existem situações de flagrante delito que permitem se aguarde por uma ordem judicial. Para se chegar a essa conclusão é preciso que se faça uma interpretação teleológica da norma acima citada, ou recorrer às técnicas de interpretação científico-espiritual ou de concretização da Constituição, em rechaço a lógica-formal como via hermenêutica.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicilio. Violação.

Palavras iniciais

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF) é um marco, sem precedentes na história do Brasil, em tema de defesa e explicitação de direitos e garantias fundamentais do cidadão contra a ingerência do Estado. Após períodos de memória triste em nossa Pátria, a CF desejou, efetivamente, resgatar o débito ditatorial do Estado com os brasileiros recém-saídos de verdadeiro caldo sociocultural do “manda mais quem bate mais”. Cabe assim, aos juristas, especialmente, não permitir que se torne letra morta à verdadeira ode às liberdades individuais que é o artigo 5º da CF.

E nessa tarefa, o presente trabalho chama a atenção para prática bastante difundida no dia-a-dia forense de todas as localidades do Brasil, que é o ingresso em domicílio alheio, por agentes policiais, a qualquer hora do dia ou da noite, sob o argumento de que na moradia do agente (que invariavelmente vem a ser preso) está sendo praticado crime permanente (aquele delito cujo

momento consumativo se protrai no tempo conforme a vontade do agente), situação que à luz do artigo 5º, inciso XI da CF, dispensa mandado judicial. Também será dedicada análise à extensão da expressão “flagrante delito”, inserida no referido inciso.

Veremos que devem ser feitas interpretações sobre a mencionada garantia que não se limitam à lógica-formal. Ainda, consideraremos os desdobramentos dessas interpretações para o auto de prisão em flagrante, para o recebimento da denúncia e para o sentenciamento do processo-crime, conforme a bem assentada doutrina, respectiva à garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Constitucional violação de domicílio e lógica formal.

Vamos, pois, apresentar o aparente impasse. O artigo 5º, XI da CF dispõe que *“*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”.*

O crime de tráfico na modalidade “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio” é permanente. O crime permanente pode ser constituído por um único comportamento (aquele que o realiza), revelando-se, numa primeira visada, de estrutura unitária. A lesão contra o bem jurídico tutelada é única e o fato perdura. A conduta ofensiva se protrai no tempo, sendo que a consumação somente cessa (o crime é exaurido) no momento em que termina o comportamento antijurídico (ação ou omissão ou ação e omissão) através da vontade do agente ou por outro motivo qualquer. Há duração do fato, que – como já dito - protrai-se no tempo, com permanência do estado antijurídico, fazendo que com o dano perdure sem interrupção, e por conseguinte, o crime também perdura. O crime permanente atua sobre um bem jurídico susceptível de “compressão”, não de “destruição”.

Ora, sendo permanente o crime de tráfico nas hipóteses “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio”, a todo o momento está presente o estado de flagrância. Conforme ensina Badaró:

> [...] a prisão em flagrante nos crimes permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo. O crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protrai no tempo. (...) O artigo 303 do C.P.P. dispõe que 'Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência' (...). A regra do artigo 303 do C.P.P. é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível. Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade flagrante próprio.

Portanto, poderíamos dizer que com base em um raciocínio lógico-formal, aparentemente nada aponta para qualquer irregularidade na invasão de domicílio por policiais, sem mandado judicial, a qualquer hora do dia ou da noite, em caso de crimes permanentes, pois o estado de flagrante é permanente.

Não é bem assim. Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, não podemos nos contentar com a mera lógica-formal como única ferramenta de interpretação. Há que se buscar o espírito da garantia inscrita no artigo 5º, XI da CF: o que moveu a Constituinte quando estabeleceu referida garantia? Eis a questão, que não pode ser respondida com base apenas na Velha Hermenêutica. A transcendência das normas processuais garantidoras inseridas na CF, que foram erigidas paralelamente ao constitucionalismo, em verdadeira interação entre processo e Estado, não permite que nos contentemos em decifrar normas constitucionais apoiados num único e vetusto viés interpretativo.

Flagrante próprio, quase flagrante e flagrante presumido.

Aquilo que é afirmado pela doutrina espanhola, nada mais é que uma interpretação restritiva da expressão "flagrante delito", ideação que, se vier a ser transposta para o artigo 5º, XI da CF brasileira, limitará as hipóteses autorizantes de ingresso em casa alheia sem mandado em qualquer hora do dia ou da noite, ao chamado "flagrante próprio".

O artigo 302 do C.P.P. define quais são as situações de flagrante. Dispõe *que: "*considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a

infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*".*

No inciso I "[...] tem-se a verdadeira situação de flagrante delito: a pessoa 'está cometendo a infração penal'. No inciso II, o crime não está mais sendo cometido (não é mais uma ação presente), mas a pessoa 'acaba de cometer' a infração".

Como já dito acima, o constituinte, ao elaborar a norma do artigo 5º, XI da CF, imaginou a hipótese clássica de flagrante. Vale dizer: pensou no flagrante próprio, como hipótese permissiva da invasão em domicílio alheio. O Congressista não rebuscou o pensamento para alcançar as hipóteses respectivamente tratadas nos incisos II, III e IV do artigo 302 do C.P.P. , pois "como facilmente se percebe, somente na hipótese do inciso I o agente encontra-se, realmente, em situação de flagrante delito. Em todas as demais situações, há uma equiparação legal de hipóteses fáticas em que o crime não está sendo cometido, mas foi cometido há pouco tempo, ao estado de flagrância".

Assim, num primeiro momento, poderíamos afirmar que o alcance da expressão "flagrante delito" inserida no artigo 5º, XI, CF, limita-se à hipótese do artigo 302, I do C.P.P., apenas.

Todavia, um posicionamento algo mais extenso pode ser acolhido com base na lição de Grandinetti. Após deixar claro que não se confundem as hipóteses dos incisos I e II com as dos incisos III e IV do artigo 302 referido, o professor e magistrado fluminense colocam: "só restam duas saídas para o intérprete: ou considera que a Constituição deixou a cargo do Código a definição de flagrante, ou entende que a Constituição usou a expressão 'flagrante' no seu rigor técnico, excluindo desta noção qualquer assemelhação legal. No primeiro caminho está a resposta de que é possível penetrar em casa alheia, à noite ou de dia, sem mandado, nas hipóteses dos incisos III e IV, do artigo 302 do Código. No segundo, ao contrário, só seria permitido o ingresso

em casa alheia, à noite ou de dia, sem mandado, nas hipóteses dos incisos I e II do mesmo dispositivo legal. Ao que tudo indica, o objetivo do constituinte foi proteger ao máximo a privacidade, só permitindo sua violação em casos excepcionais, que correspondem às exceções taxativamente previstas no dispositivo constitucional em exame; de dia, por mandado judicial; de noite, ou de dia, em caso de flagrante, desastre ou para prestação de socorro, sem mandado judicial. Nesse contexto, depreende-se que o ingresso em domicílio é uma exceção ao direito à privacidade. Para que tal ocorresse seria preciso que o próprio texto previsse a aplicação da definição legal de flagrante consubstanciada no artigo 302 do Código. Em conclusão, só é possível o ingresso em domicílio alheio nas circunstâncias seguintes: à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (C.P.P. artigo. 302 I e II), desastre ou prestação de socorro; e durante o dia, com mandado judicial, em todas as outras hipóteses de flagrante (C.P.P., artigo. 302 III e IV)".

Para se encontrar a solução, é preciso conciliar a máxima proteção pretendida pela CF sobre o domicílio com o menor número de exceções plausíveis.

Assim, consoante já afirmado acima, uma das situações permissivas de ingresso em casa alheia em flagrante delito incide desde que seja necessário para evitar perigo iminente ou dano contra a vítima do crime, uma vez que não seria razoável aguardar por um mandado judicial.

Sendo assim, permite-se o ingresso em flagrante delito, tanto daquele que "está cometendo" a infração penal, quanto daquele que "acaba de cometê-la", pois nesta última hipótese a infração pode ter acabado de consumar-se, mas seus efeitos podem não ter ainda se produzido, como por exemplo, no caso de uma tentativa de homicídio em que graças ao ingresso na casa evita-se o evento óbito, embora o agente tivesse esgotado todos os meios executórios para a morte da vítima.

Em conclusão: devemos acolher a carga semântica para a expressão "flagrante delito" do artigo 5º, inciso XI da CF como sendo aquela que alcança as hipóteses do artigo 302, incisos I e II do C.P.P.

A tutela da situação de fato: a inviolabilidade da "casa"

No que diz respeito à proteção da "casa" o S.T.F. vê como objeto da garantia *inscrita no artigo 5º, inciso XI da CF "*(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento

privado onde alguém exerce profissão ou atividade*" (mandado de segurança nº 23.595., DJ de 01/02/2000, rel. Min. Celso de Mello*).

Conforme nos ensinam Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Banco, constitucionalmente não se podem tomar emprestado do direito civil o conceito de domicílio, sendo a acepção de "casa" ampla no direito constitucional: "o conceito de domicílio abrange 'todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo em caráter definitivo ou habitual'. O conceito constitucional de domicílio é, assim, mais amplo do que aquele do direito civil. Afirma-se em doutrina que a abrangência do termo 'casa' no direito constitucional deve ser ampla, entendida como 'projeção espacial da pessoa', alcançando não somente o escritório de trabalho como também o estabelecimento industrial e o clube recreativo. O domicílio, afinal, coincide com o 'espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das atividades de vida do qual a pessoa ou pessoas titulares pretendem normalmente excluir a presença de terceiros'".

Prosseguem os referidos autores destrinchando: "O lugar fechado em que o indivíduo exerce atividades pessoais está abrangido pelo conceito de domicílio. Esse lugar pode ser o da residência da pessoa, independentemente de ser própria alugada ou ocupada em comodato, em visita, etc. É irrelevante que a moradia seja fixa na terra ou não (trailer ou um barco, e.g., podem qualificar-se como protegidos pela inviolabilidade de domicílio). Da mesma sorte, o dispositivo constitucional apanha um aposento de habitação coletiva (quarto de hotel, pensão ou de motel...). Não será 'domicílio' a parte aberta às pessoas em geral de um bar ou de um restaurante".

A doutrina também extrai a definição do que vem a ser "casa" a partir do artigo 150, parágrafo 4º do Código Penal, que trata do crime de violação de domicílio. Reza o referido dispositivo que: "*parágrafo 4º - A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*".

Interessante sublinhar, contudo, que as interpretações que recaem sobre o dispositivo penal acima são tão abrangentes que acabam por elaborar

verdadeira hermenêutica constitucional, atribuindo ao termo “casa” um significado quase todo coincidente com aquele adotado pelo S.T.F.

Cite-se como exemplo a lição de Cezar Roberto Bitencourt. Para referido autor a expressão qualquer “compartimento habitado” é abrangente e alcança moradias eventuais ou transitórias, podendo configurar “casa” qualquer compartimento habitado, não sendo necessário que esteja “fixa ou afixada em determinado local; pode ser móvel, flutuante, ‘errante’, como, por exemplo, barco, trailer, ‘motor-home’, cabina de um trem velho, vagão de metrô abandonado, abrigo embaixo da ponte ou viaduto etc., além de abranger, evidentemente, quarto de hotel, de pensão, pensionato etc.”. Quanto a “aposento ocupado de habitação coletiva”, trata-se de previsão redundante, pois, é abrangido pela expressão “qualquer compartimento habitado”. O texto legal é de “clareza meridiana e pode-se afirmar, com segurança, que hotel, motel, pensão ou similares” equivalem a casa, o mesmo ocorrendo com as partes “ocupadas”, seja o quarto com hóspede, seja a parte interna da administração ou mesmo de serviços, como cozinha, lavanderia etc. Relativamente a “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, está se referindo não à morada ou “lar”, mas ao local onde o indivíduo desenvolve sua profissão, atividade ou seus negócios, tais como os escritórios dos profissionais liberais. Aquele que ingressar nesses locais sem consentimento de quem de direito pratica o crime de invasão de domicilio. Todavia, as dependências desses escritórios que forem abertas ao público, como por exemplo, salas de espera, em que as pessoas podem entrar e sair livremente, não são abrangidos pela proteção legal. O Código Penal, no mesmo artigo 150, preocupou-se com eventuais dúvidas que poderiam advir de sua definição de “casa” e preferiu dizer, também, o que não é abrangido pela expressão “casa”, nos seguintes termos: “I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero” (parágrafo 5º).

A tutela da situação jurídica: proteção da intimidade e da moradia.

A proteção constitucional também tutela situação jurídica, qual seja, a intimidade da pessoa humana, sendo esta exercida naquele espaço geográfico acima designado por “casa”. Tal situação de tutela jurídica remete à ideia de “moradia”.

Será na moradia do indivíduo, assim designando qualquer lugar, ainda que de permanência temporal, mas sempre privado, onde a pessoa terá condições de exercer sua intimidade. E será no exercício de sua intimidade que desenvolverá sua personalidade e as respectivas potencialidades latentes, que a ninguém mais interessam, senão a essa mesma pessoa. Tal exercício é que permitirá a esse indivíduo encontrar a felicidade: ser uma pessoa feliz, objetivo de todo ser humano. E sendo feliz, melhor interagir com a sociedade, sendo um cidadão voltado às práticas socialmente benéficas e produtivamente edificantes.

Conforme Sérgio Iglesias: “A moradia, conceitualmente, é um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil. É, portanto, um bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável da sua vontade e indisponível, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo; secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas é objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da ‘moradia’ é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Existe independentemente de lei, porque também tem substrato no direito natural. Atualmente, é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana. A moradia é bem extrapatrimonial que não guarda, necessariamente, qualquer relação com a propriedade, já que as pessoas podem exercer a moradia, v.g., por meio de um contrato de locação residencial ou comodato”.

A inviolabilidade do domicílio está vinculada ao direito à privacidade, que é interdependente aos direitos fundamentais. Para fins de proteção jurídica da “inviolabilidade do domicílio”, ao se dizer que se protege a “moradia”, onde estão incluídos os direitos da personalidade, alcança-se aquele amplo espectro de proteção pretendido pelo Constituinte, pois consoante leciona Sérgio Iglesias: “A moradia pode ser classificada nas suas diversas manifestações,

isto é, como bem referente à integridade física, à integridade psíquica ou à integridade moral, tendo-se o direito à moradia como um dos bens de personalidade atrelados à integridade pessoal, de forma que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral para o exercício do direito adequado de moradia. O direito à moradia tem as seguintes características, não só por ser direito humano e fundamental, mas por tratar-se de um direito de personalidade: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade (grifo nosso), interdependência – quanto aos efeitos dos demais direitos da personalidade (grifo nosso) –, além de ter caráter extrapatrimonial, de ser impenhorável, vitalício, necessário, essencial, oponível erga omnes, absoluto e imprescritível".

Consequências da violação do domicílio no processo penal.

O desrespeito à norma constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio acarreta consequências sobre o processo penal. Veremos duas principais, as quais se projetam sobre o auto de prisão em flagrante e sobre a solução do processo, ou seja, sobre a sentença.

A prova ilícita e o sentenciamento do processo-crime.

*Dispõe o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*".*

*O artigo 157 do C.P.P., por sua vez reza que "*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*".*

Observa Antônio Magalhães Gomes Filho que não havia necessidade do legislador ter tratado no C.P.P. de tema que já estava sedimentado na doutrina a partir do que consta na Constituição Federal. Já dispúnhamos de estudos

Vastos resultantes de longa elaboração jurisprudencial, que começou na Suprema Corte dos EUA (fins do século XIX), e posteriormente, nos anos 60

e 70, desenvolvidos pelo Tribunal Supremo Federal alemão e pela Corte Constitucional italiano. Coube à jurisprudência norte-americana afirmar pioneiramente a inadmissibilidade processual da prova obtida ilicitamente.

Clássica são a distinção que Nuvulone faz entre provas ilícitas e provas ilegítimas. As primeiras resultam da violação de uma regra de direito material. Nas segundas, o vício advém da violação de normas processuais. Também se distinguem, porque nas provas ilícitas ocorre ilegalidade no momento da obtenção da prova; nas ilegítimas a ilegalidade acontece no instante da produção. Ainda, diferenciam-se pelo fato das provas ilícitas serem inadmissíveis no processo, isto é, não podem ingressar nos autos e se ingressarem, devem ser desentranhadas; as provas ilegítimas são nulas, e sua produção pode ser refeita conforme as regras do devido processo.

De todo modo, mesmo que o legislador tenha se arriscado ao dispor no C.P.P. sobre tema já tão bem assentado na doutrina, não se pode admitir que tivessem caído por terra os estudos já construídos. Ademais, ambos os tipos de provas integram o conjunto de provas vedadas pelo ordenamento jurídico, que pertencem ao gênero das provas ilegais.

Importa ressaltar, sim, que caso se verifique no processo penal que ocorreu violação de domicílio numa das hipóteses acima mencionadas (por exemplo, situação de flagrante permanente em caso de tráfico em que era possível aguardar por ordem judicial), não se poderá admitir que uma sentença penal condenatória fosse construída com base em tais elementos de convicção. Essas situações frequentemente emergem cristalinas no processo-crime: os policiais declararam que desde algum tempo sabiam de denúncias sobre a existência de tráfico em determinada moradia, inclusive com o nome do suposto traficante, sendo que quando se depararam com o mesmo na via pública, resolveram abordá-lo e ingressaram em sua casa, onde encontraram entorpecentes. Ora, nada impedia que o mandado de busca tivesse sido pleiteado junto ao juiz competente por ocasião da notícia da traficância. Logo, por qual razão seria admissível no processo penal como se prova lícita fossem a apreensão de drogas e eventualmente outros objetos encontrados no imóvel, assim declarados pelos agentes policiais? Ficaria ao juiz uma única alternativa: a absolvição do acusado.

Como exemplo: o tráfico de drogas, por se tratar de situação extrema da criminalidade, que provoca ojeriza e revolta, sendo merecedora de intensa reprovação social e política de combate/guerra por parte do Estado.

A tentação de ceder e desrespeitar a inviolabilidade do domicílio é grande, em nome de uma pretensa segurança pública. Sempre que o crime é grave, surgem vozes a defender a flexibilização dos direitos fundamentais de índole processual penal. Conforme nos lembram, oportunamente, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna,

> [...] por mais bem intencionados que estejam os defensores da utilização da prova ilícita para a condenação, parece-nos que o risco de abusos, assim como a experiência recente da ditadura, conspira pela não aceitação da tese. Ademais devemos lembrar que o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais impede uma interpretação que admitia a prova ilícita 'pro societate'. Esse é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito.

É o que se espera do juiz. Para dizer o óbvio, o juiz é o que o nome diz um juiz, não um "justiceiro.

Palavras Finais

Enfim, o que se pode compreender no curso desta pesquisa é que o direito à inviolabilidade do domicílio é um tema muito abrangente, e que se coaduna com muitas outras garantias e direitos, como a inviolabilidade da intimidade, a liberdade entre outros que possam afetar de certa forma o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Sobretudo, apesar de, o domicílio ser inviolável, o mesmo dispositivo que o protege é o mesmo que o impõe limites, pois vimos que este direito não é absoluto, há sempre as exceções às regras. Mediante isso discorremos sobre o instituto da busca e apreensão, matéria processual penal, que apresenta os procedimentos legais previsto na legislação complementar.

Referencias

Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. 1ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

VARGINHA

2017

PAOLA ANDRADE VITOR

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

Artigo Cientifico apresentado como Exigência para a obtenção parcial de Créditos na disciplina de Processo Penal, Do curso de Direito da Faculdade de Varginha – FADIVA, sob a orientação da Prof. Vânia Bemfica Guimarães Pinto Coelho.

VARGINHA

2017