UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUCAS CORRÊA ABRANTES PINHEIRO

Fundamentos teórico-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente: análise do tema 280 da sistemática da repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Ribeirão Preto

2016

LUCAS CORRÊA ABRANTES PINHEIRO

Fundamentos teórico-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente: análise do tema 280 da sistemática da repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Redação original.

Área de concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Professor Assistente Claudio do Prado Amaral

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Pinheiro, Lucas Corrêa Abrantes

Fundamentos teóricos-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente: análise do tema 280 da sistemática da repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Ribeirão Preto, 2016.

p.168.

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Amaral, Cláudio do Prado.

1. Hermenêutica constitucional. 2. Processo penal. 3. Inviolabilidade domiciliar. 4. Flagrante de crime permanente. 5. Fundamentos constitucionais de restrição. I. Título.

Nome: PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes

Título: Fundamentos teórico-constitucionais de proteção ao domicílio em flagrantes de crime permanente: análise do tema 280 da sistemática da repercussão geral à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovado em: __/__/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Filho, você nasceu horas antes de a primeira prova de admissão do mestrado ser aplicada.

Tornei-me pai e mestrando ao mesmo tempo.

Foram dois sonhos que plantei e colhi de uma só vez.

A dedicatória desta obra, portanto, só pode mesmo ser sua.

Serás um jurista? Talvez sim, talvez não.

Seguirá os passos do papai? Sim? Não? Tudo bem! Quem, de fato, se importa com isso?

Prefiro sonhar que seguirás teus próprios passos e que eles se tornarão firmes com o passar dos anos e que se lembrarás de mim quando o dia for bom ou ruim.

Este trabalho é teu, Davi, mas não é precisas lê-lo se não quiseres.

Enquanto escrevo, divago com um sorriso no rosto a respeito do homem que serás quando enfim chegar o tempo de entender esta homenagem. Tento ver seu rosto crescido. Vai ser bonito como o da mamãe, eu acho.

Não tenho ainda bem clara essa imagem, mas embalo com ternura uma bela e leve intuição da silhueta e da personalidade que terás.

Quando tal dia chegar, também penso a respeito de quem enfim eu serei.

É bem provável que meu corpo e minha alma já tenham outra configuração. Até aqui, aprendi, filho, que tudo muda e é passageiro, exceto o amor e a saudade, que só aumentam com o vagar das horas e o caminhar do tempo.

Descontadas as coisas que passam e que mudam, sei que ainda serei o mesmo homem que te amou desde sempre, enriquecido pelas histórias que já vivemos e por tantas outras que ainda viveremos juntos daqui em diante.

Dedico este livro a ti, meu filho amado, porque ele é fruto do melhor que pude dar de mim ao longo de dois anos duros e belos, e também porque é justo devolver-te, ainda que dessa forma, parte daquilo que lhe subtraí de afeto, de tempo e de atenção ao longo do caminho que precisei percorrer.

Com afeto, papai.

27 de julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Ao professor livre-docente Claudio do Prado Amaral, pela orientação atenta e precisa, pela generosidade em permitir que o acompanhasse à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por sua plena e irrestrita disponibilidade nos momentos em que precisei e que não foram poucos, meu muito obrigado, com imensa gratidão.

A todos os docentes da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, especialmente à professora Doutora Fabiana Severi por quem passei a nutrir profunda admiração e respeito.

Ao amigo e professor doutor da Universidade Federal Rural do Semi-Árido/RN, Rafael Lamera Giesta Cabral, pela leitura atenta e pelas considerações sempre precisas, desde o projeto de pesquisa.

Às servidoras da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Vania Cristina Vasconcellos Prudencio e Tamie Aline Lança, sempre dispostas a ajudar.

Aos amigos mestrandos da primeira turma, pelo convívio e pela riqueza das conversas que tivemos.

A Camila Soares Pinheiro, meu amor, sem sua ajuda e compreensão este sonho não teria sido possível.

Aos meus amados pais Ana Maria Corrêa Abrantes Pinheiro e Wilson Abrantes Pinheiro, donos do meu horizonte.

Ao meu amado irmão Pedro Corrêa Abrantes Pinheiro.

Aos meus sogros Silvio Soares e Cassia Regina Mialichi Soares e a minha cunhada Caroline Soares, que sempre nos ajudam com o pequeno Davi.

Aos Defensores Públicos Jonas Zoli Segura e Joemar Rodrigo Freitas pelas substituições, pela paciência e principalmente por nossa amizade.

Ao cientista social e advogado Daniel Luiz Cardoso, pela amizade e encorajamento nos momentos em que achei que não seria capaz de chegar ao fim deste trabalho.

EPÍGRAFE

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. (Tema 280, fixado pelo STF no julgamento do RE 603.616/RO segundo a sistemática da repercussão geral).

RESUMO

Inserida na linha de pesquisa “Racionalidade jurídica e direitos fundamentais na construção do Estado Democrático de Direito”, esta dissertação problematiza o flagrante de crime permanente como fundamento de restrição ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar. Predominante na jurisprudência, este parâmetro sofreu recente crítica e reformulação do STF no julgamento do RE 603.616/RO, que fixou o tema 280 da sistemática da repercussão geral. Trabalhando na fronteira entre a teoria do direito e a hermenêutica constitucional e buscando identificar pontos de convergência e de divergência entre ambas, este estudo revisa o tratamento doutrinário brasileiro atual referente à violação de domicílio e propõe, em seguida, outra perspectiva teórica a partir das categorias analíticas dos direitos fundamentais de Robert Alexy e de Virgílio Afonso da Silva. Após adotar o âmbito de proteção *prima facie* amplo dos direitos fundamentais e a teoria externa das restrições, admite expressamente a inviolabilidade domiciliar como princípio que admite restrição em casos concretos, o que não significa enfraquecimento, mas, ao contrário, fortalecimento da proteção, na medida em que exige maior racionalidade argumentativa e permite mais ampla participação e controle intersubjetivo dos fundamentos decisórios. Em seguida, o estudo avalia as repercussões dessa proposta teórica no processo penal de matriz acusatória, discute a questão da verdade no processo penal, os fundamentos ético políticos das proibições de prova e sugere categorias diversas do flagrante de crime permanente como justificativas plausíveis de restrição. Por fim, examina o acórdão que fixou o tema 280, explicitando a tensão criada com a jurisprudência ora dominante.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Processo Penal. Inviolabilidade domiciliar. Flagrante de crime permanente. Fundamentos constitucionais de restrição.

ABSTRACT

Within the “Legal rationality and fundamental rights in the construction of the Democratic Rule of Law” research line, this dissertation problematizes the flagrante delicto of ongoing crimes as a justification for constraining the fundamental right to domicile inviolability. Predominant in jurisprudence, this parameter was recently criticized and reformulated by Brazilian Supreme Court in the judgement of RE 603.616/RO, which established theme 280 of the general repercussion system. Working on the boundary between legal theory and constitutional hermeneutics and attempting to identify points of convergence and divergence between them, this study revises Brazilian current doctrinal approach to violation of domicile and then proposes another theoretical perspective based on Robert Alexy’s and Virgílio Afonso da Silva’s analytical categories of fundamental rights. After adopting the broad *prima facie* protection scope of fundamental rights and the external theory of constraints, it admits expressly the domicile inviolability as a principle that allows constraints in specific cases, which does not imply attenuation of the principle, but rather strengthening of the protection, in that it demands a broader argumentative rationality and permits wider participation and intersubjective control of decisions’ foundations. Afterwards, this study evaluates the repercussions of such proposed theoretical perspective in the accusatory system’s criminal procedure, approaches the issue of the truth in the criminal procedure, the ethical and political foundations of the evidence prohibitions, and suggests other categories as plausible justifications for constraints, apart from the flagrante delicto of ongoing crimes. At last, this study examines the content of the judgment that established theme 280, demonstrating the tension created by the current dominant jurisprudence.

Keywords: Constitutional Hermeneutics. Criminal Procedure. Domicile Inviolability. Flagrante Delicto of Ongoing Crimes. Constitutional Foundations of Constraints.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: REFLEXÕES INICIAIS, CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E MARCOS TEÓRICOS.....	21
1.1. Delimitação do tema e perspectivas teóricas	21
1.2. Justificativa	26
1.3. Análise jurisprudencial, abordagem empírica e critérios de escolha e análise das decisões judiciais	28
1.4. Dogmática e racionalidade para a fundamentação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.....	33
1.5. Consequências da falta de racionalidade na relativização da inviolabilidade domiciliar	39
1.6. Uma advertência final e necessária.....	41
2. O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO	45
2.1. A dimensão histórica da inviolabilidade domiciliar no ocidente e na tradição constitucional brasileira	45
2.2. Breve pausa explicativa	54
2.3. Direitos humanos ou direitos fundamentais: opção metodológica pelo segundo enfoque	55
2.4. O conceito de direitos fundamentais para a teoria do direito, segundo Luigi Ferrajoli.....	57
2.5. Justificações ético-políticas dos direitos fundamentais a partir do conceito universal da teoria do direito	59
2.5.1. <i>O problema da perspectiva formal-estruturante em sua relação com a democracia substancial.....</i>	<i>61</i>
2.6. O conceito da inviolabilidade do domicílio na doutrina brasileira em geral	62
2.7. Esforço de enunciação de um conceito analítico do direito à inviolabilidade do domicílio	68
2.7.1. <i>A virada principiológica</i>	<i>68</i>
2.7.2. <i>A enunciação de categorias analíticas para os direitos fundamentais.....</i>	<i>70</i>
2.7.3. <i>A teoria dos princípios como ponto de partida.....</i>	<i>72</i>
2.7.4. <i>Âmbito de proteção</i>	<i>76</i>
2.7.5. <i>Intervenção estatal</i>	<i>77</i>
2.7.6. <i>Suporte fático</i>	<i>77</i>
2.7.7. <i>Restrições a direitos fundamentais</i>	<i>80</i>
2.7.8. <i>A regra da proporcionalidade.....</i>	<i>86</i>
2.7.9. <i>Conteúdo essencial.....</i>	<i>87</i>
2.8. O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio no direito brasileiro.....	90

3. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL	97
3.1. Ambientação do problema	97
3.2. Convencionalismo penal e cognitivismo processual, duas ferramentas conceituais preliminares para contenção de decisionismos	98
3.3. A questão da verdade no processo penal	101
3.4. A verdade possível no sistema acusatório	104
3.5. A verdade processual é contingente, historicamente situada e teleológica	108
3.6. A verdade processual é estabelecida numa relação necessária de meios e fins	109
3.7. Inadmissibilidade de provas ilícitas	110
3.8. O flagrante como cláusula restritiva e as consequências da adoção da teoria externa das restrições	115
3.9. O flagrante como instituto processual penal	118
3.9.1 <i>Conceito de flagrante</i>	119
3.9.2 <i>Flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP)</i>	121
3.9.3 <i>Flagrante impróprio (art. 302, III, CPP)</i>	121
3.9.4 <i>Flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV, CPP)</i>	121
3.9.5 <i>Flagrante delito de infração permanente (art. 303, CPP)</i>	122
3.10. Desdobramentos processuais do tráfico de drogas como infração permanente	123
3.11. O encadeamento sequencial da ação policial e sua relevância segundo a redação do art. 157 do CPP	127
3.12. A insuficiência dogmática do crime permanente como justificativa de restrição à inviolabilidade domiciliar	129
3.13. Zonas de autarquia e as bases de uma nova jurisprudência	132
4. ANÁLISE DO TEMA 280 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL FIXADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO	141
4.1. Dados iniciais	141
4.2. Considerações sobre a ementa do acórdão	142
4.3. Considerações sobre o relatório	145
4.4. Considerações sobre o julgamento	146
4.4.1. <i>Do controle a posteriori</i>	151
4.4.2. Pontos expressamente não atingidos pela decisão	154
4.4.3. Pontos de crítica aventados nos debates	154
CONCLUSÕES	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

1. INTRODUÇÃO: REFLEXÕES INICIAIS, CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E MARCOS TEÓRICOS

1.1. Delimitação do tema e perspectivas teóricas

Direitos fundamentais são absolutos ou relativos? Sendo relativos, que critérios orientam sua mitigação no caso concreto? Em todo o mundo, há algum tempo, essas questões estão no centro do debate sobre direitos fundamentais, presentes desde a teoria do direito à hermenêutica constitucional e com respostas ora convergentes, ora dissonantes.

Mirando o art. 5º, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB e considerando que ali está presente um direito fundamental, que respostas podem ser encontradas na doutrina e na jurisprudência sobre esse caráter absoluto ou relativo? Para a restrição basta alegar a ocorrência de flagrante ou desastre? Sendo o crime permanente, a existência de flagrante pode ser problematizada ou esse é o fim da linha para a defesa¹? A quem compete interpretar o sentido dessas situações diante de casos concretos? O sentido dos direitos fundamentais é um plano em disputa?

Embora ninguém negue que direitos fundamentais sejam uma barreira contra o arbítrio, especialmente contra o arbítrio estatal, uma análise bem ampla de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e dos Tribunais Superiores indica que o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio é sistematicamente negado ao suspeito ou investigado como instrumento de defesa contra intervenções estatais, mesmo naqueles casos indicativos de ingerências arbitrárias, decorrentes de “denúncia anônima” ou de ingresso no lar alheio por mera curiosidade ou suspeita genérica.

No plano da práxis do sistema de justiça, constata-se pela leitura de comunicações de prisão em flagrante, de inquéritos policiais e de autos de processos criminais em geral que buscas domiciliares e apreensões, especialmente nos casos de tráfico de drogas nas modalidades

¹ Desde longa data, o Supremo Tribunal Federal tem posição consolidada no sentido de não haver proteção ao domicílio em casos de crimes permanentes, cuja situação de flagrante protraí-se no tempo. Confira-se, nesse sentido ilustrativa ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA. 1. Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita. Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão. 2. HC indeferido. (HC 84772, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 12-11-2004 PP-00041 EMENT VOL-02172-02 PP-00336 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 474-476).

“guardar” e “ter em depósito”, frequentemente não observam a longa disciplina processual de regência da matéria, prevista entre os artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal - CPP. O minucioso tratamento legal da matéria foi substituído por um argumento.

Afirma-se e decide-se que a natureza permanente do delito dispensa as cautelas legais da busca e serve de lastro aos agentes de segurança pública, mesmo que a confirmação da efetiva existência do crime só possa verificar-se após a violação.

Destaca-se, com algum espanto, que os artigos 240 a 250 do CPP remontam à estrutura processual concebida ainda sob a égide autoritária do Estado Novo. Mesmo naquele contexto, exigia-se para buscas e apreensões, via de regra, fundada suspeita e não simples suspeita. Até a ditadura, portanto, concebia intolerável a devassa do domicílio sem ressalvas, mas parece que a própria democracia ainda não compreendeu bem o seu valor de limite à perseguição penal.

Essa realidade, seletiva em relação aos bairros e perfis de moradores, não costuma ser problematizada, desestimulada ou mesmo corrigida em juízo. Ao contrário, é vista como consequência natural da leitura que se faz do dispositivo que prevê o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

A natureza permanente da infração é, ante de tudo, uma simples classificação doutrinária, que considera o momento consumativo do crime e que tem como um de seus maiores efeitos práticos a própria caracterização do “flagrante” como instituto processual, aspecto que pode ser verificado na redação do vigente artigo 303 do CPP. Alega-se em termos muito gerais que o flagrante é tido pelo próprio texto do art. 5º, XI, da como exceção à inviolabilidade do domicílio. Será mesmo? Haverá suporte teórico e fundamentação ético-política suficiente para uma afirmação assim tão peremptória?

Um outro problema, fruto da admissão da permanência do delito como fundamento idôneo de violação, diz respeito ao consentimento do morador, utilizado quase sempre sem o devido critério. Explica-se. É frequente no meio forense a seguinte situação: um suspeito é abordado pela polícia e, submetido à busca pessoal, nada de ilícito é encontrado em seu poder. Não há flagrante, portanto, e o caminho natural seria o encerramento a atuação preventiva da polícia.

Ainda assim, é muito comum que a polícia, mesmo sem localizar qualquer objeto ilícito em poder do abordado, decida, em continuação à sua suspeita agora já infundada, dirigir-se até o domicílio dele, mantendo-o preso para averiguação. Então, não raro, drogas ou outro objeto ilícito é localizado; confirma-se o flagrante de crime permanente e “tudo fica por isso mesmo”. Os fins justificam os meios.

A recorrência desse tipo de situação é tão grande no dia a dia que ou a polícia tem o faro deveras muito apurado ou a história que se conta no processo para juiz, promotor e defensor sofre a omissão de pontos investigativos muito relevantes sobre as circunstâncias da suspeita e da investigação.

Mesmo que se adote postura ingênua e crédula em relação a essas histórias, supondo sempre verdadeira a forma como são contadas, cronologicamente, à toda evidência, o argumento de que o crime é permanente acaba nesse caso de “condução para averiguação” por justificar *post factum* e não *ante factum* incursões irregulares em domicílio.

Noutras palavras, só se descobre um crime permanente quando um ou vários direitos fundamentais – inviolabilidade do domicílio, intimidade, vida privada, direito de ir e vir etc - já foram violados.

Todavia, essas situações têm parecido juridicamente irrelevantes tanto para a jurisprudência quanto para a doutrina, prevalecendo, via de regra, o “mantra” do crime permanente como argumento suficiente de justificação da invasão domiciliar.

Exceção a essa realidade, hoje, diz respeito ao tema 280 do STF, objeto de análise detida neste estudo mais à frente.

A regra, contudo, continua sendo a lógica formal silogística – “se o crime é permanente há flagrante, e se há flagrante, não há violação de domicílio”². Sobre tal raciocínio extremamente simplificador e irresponsável repousa a reflexão teórica deste trabalho.

Isso porque, supera-se sem maiores preocupações ético-políticas o caráter limitativo do arbítrio que tem e sempre teve o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. A afirmação mantém-se válida, mesmo que se possa considera-lo relativo, restringível, não absoluto.

Perceba-se que, em todos esses casos, no início da ação policial não há certeza visual de crime algum, mas, ainda assim, se ingressa na casa alheia por mera hipótese, sem fundadas razões.

² PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILEGALIDADE DA PROVA QUE SUBSIDIA A DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO. INVIABILIDADE. HIPÓTESE DE FLAGRÂNCIA. CRIMES PERMANENTES. TRÁFICO NA MODALIDADE "TER EM DEPÓSITO" E POSSE DE ARMA DE FOGO. SITUAÇÃO ALBERGADA PELO ART. 5º, XI, DA CF. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. O crime de tráfico de drogas, na modalidade "ter em depósito", bem como o crime de posse de arma de fogo, são crimes permanentes, razão pela qual o estado de flagrância se protraí no tempo. 2. Nesse contexto, estando os recorrentes em situação de flagrância, situação albergada pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, não há se falar em violação de domicílio, razão pela qual a prova derivada da referida diligência se revela lícita e apta a subsidiar a denúncia. 3. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 65.440/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016).

É evidente, então, que, nessas situações, a violação de domicílio é anterior ao estado flagrancial, o que deveria conduzir em algum momento à reflexão séria, democraticamente madura sobre possível ilicitude da prova. Mais do que isso, deveria colocar em questão a séria viabilidade de declaração judicial de ilicitude da prova com amparo nos artigos 5º, LVI da CRFB. No extremo, deveria levar à determinação de desentranhamento dos autos da prova assim obtida, conforme a redação atual do 157 do CPP, solenemente ignorado.

Por se tratar de jurisprudência predominante, e só por isso, esse modo específico de atuação dos órgãos de persecução penal, representativo de um claro déficit de proteção a direito fundamental, não encontra, em regra, oposição do Ministério Público ou controle judicial eficaz. Ao contrário, o comportamento é tolerado e, talvez por isso, impulsionado como estratégia de controle, criando-se um círculo vicioso de ilegalidades acobertadas e justificadas por quem deveria, na verdade, coibi-las.

Mascara-se, dessa forma, com argumentos jurídicos de aparente legalidade e de discutível sustentação constitucional, uma política criminal repressiva e seletiva, voltada, no mais das vezes, contra as parcelas mais pobres da população, o que evidencia um mecanismo autoritário muito próximo do estado de exceção concebido e denunciado por Agamben (2004), no qual a lei é afastada a pretexto de melhor aplicá-la.

Diante desse quadro, que estratégias de aproximação teórica poderiam ser empregadas para qualificar a compreensão dessa realidade, as decisões e os próprios arranjos institucionais?

Por um lado, na perspectiva estática da teoria do direito, essa prática estaria a indicar a relativização de um direito fundamental tido como “esfera do indecível”. Essa esfera pode ser compreendida como a dimensão substancial e não apenas formal dos direitos humanos, que impõe limites a decisões, estabelecendo um núcleo de aspectos que não podem ser relativizados sequer em nome da acomodação dos interesses da maioria. (FERRAJOLI, 2011, p.26).

Já no plano dinâmico da hermenêutica constitucional, ocupada quase sempre com a colisão de direitos fundamentais em casos concretos, há igualmente indícios de que a intervenção estatal sobre a inviolabilidade assegurada na Constituição carece de fundamentação constitucional suficiente.

Segundo a formulação alexyana que mais à frente se apresenta, sem fundamentação constitucional adequada a intervenção estatal não configura restrição admissível e sim violação de direito fundamental, que deve ser reputada intolerável no Estado de Direito.

Nos casos concretos, por exemplo, em que se utiliza o argumento do consentimento do morador, vocábulo pinçado – com prejuízo do sentido global - do próprio texto do art.5º, XI,

da CRFB, não se costuma perquirir preliminarmente se ele é válido, nem se observa o princípio *nemo tenetur se detegere*. Sem essa análise, o argumento tem apenas aparência de racionalidade.

Como já se afirmou, é, com efeito, muito comum que baste a simples alegação policial do consentimento do morador, o que geralmente se reconhece por presunção de idoneidade do testemunho do agente público, sem ao menos exigir outras provas da acusação.

Essa fidelidade à versão policial, cujo reverso é a negativa do benefício da dúvida, tem efeitos drásticos. Justifica, por exemplo, a custódia cautelar com arrimo na gravidade do crime, o indeferimento de liberdade provisória, a legalidade da prova em juízo por falta de demonstração defensiva de que não houve consentimento - verdadeira inversão do ônus da prova – e, obviamente, a própria condenação.

Tais práticas são juridicamente insustentáveis e, não obstante, recorrentes.

Crime permanente e suposto consentimento são, conseqüentemente, dois argumentos comuns que, se não submetidos a critérios claros de controle de racionalidade, depõem contra a eficácia da inviolabilidade domiciliar.

Portanto, embora a CRFB preveja como direito fundamental 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”, no dia a dia, o que se constata é a ilegalidade das ações investigativas que, depois, serão justificadas em juízo com o alargamento sem fundamentação constitucional do conceito de flagrante, seja mediante a invocação do conceito de crime permanente, seja com o aceno da suficiência de um alegado consentimento, quase sempre sequer demonstrado pela acusação a não ser pela versão dos próprios policiais responsáveis pela prisão do réu.

Considerando a hermenêutica constitucional, a inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental e, portanto, um princípio. Vale dizer, um mandamento de otimização a ser concretizado segundo determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas.

Trata-se, ademais, numa perspectiva histórica e ético-política, de uma liberdade pública, que protege, além do domicílio em si, também a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Dirige-se, nessa compreensão, primordialmente aos agentes estatais que, no Estado de Direito, devem respeitá-la em favor e a serviço das pessoas. Situa-se, portanto, de maneira verticalizada em favor do indivíduo e em face do próprio Estado como um comando de abstenção ou de não-fazer.

É indisfarçável, porém, que variáveis históricas, políticas, antropológicas e sociológicas, a exemplo da militarização da polícia ou até a ausência de reforma das instituições

jurídicas e policiais na transição da ditadura militar para a democracia no Brasil, conferem a esse direito baixíssimo grau de concretização ou efetividade.

Toma-se conhecimento, nos dias atuais, - agravando as situações individuais de violação de domicílio -, do início de prática ainda mais preocupante, consistente na expedição de ordens de busca e apreensão coletivas em periferias e favelas, o que coloca o Estado de Direito em risco ainda mais preocupante.

1.2. Justificativa

Violações de domicílio justificadas a partir da natureza permanente do delito evidenciam que a jurisprudência brasileira não confere valor absoluto aos direitos fundamentais, a exemplo do que propõe Ferrajoli com seu conceito de “esfera do indecível”. Isso não constitui aqui uma preocupação por si só, mas uma constatação preliminar digna de nota. São frequentes as relativizações, as restrições baseadas no sopesamento com outros direitos fundamentais, como a segurança pública, por exemplo.

A questão dos direitos fundamentais como direitos absolutos, conformadores de uma “esfera do indecível”, situada estaticamente no plano teórico da teoria do direito, apesar de sua importância na afirmação de valores ético políticos muito caros ao Estado de Direito, parece assim ceder espaço, no julgamento de casos concretos que envolvam colisão de direitos fundamentais, para uma perspectiva pragmática, relacional ou dinâmica cada vez mais forte, que admite sim relativizações, desde que constitucionalmente fundamentadas.

Nessa segunda perspectiva, violações de domicílio judicialmente fundamentadas na natureza permanente do delito ou no duvidoso consentimento do morador evidenciam a necessidade de consolidar critérios racionais mais claros de justificação. Afinal, restrições por certos motivos não se confundem com restrições por qualquer motivo.

O respeito ao lar alheio, ao lado da realização máxima de todos os direitos fundamentais – eis uma meta ambiciosa das democracias -, conduz à concretização da cidadania como fundamento da República e conduz a um ambiente de paz e de Justiça, onde práticas potencialmente violatórias possam passar pelo crivo do Judiciário, a quem deve estar reservada a análise da proporcionalidade de eventuais restrições.

Se no Brasil quase não se vê essa preocupação do Poder Judiciário com o incremento de casos de violação de domicílio, existem critérios bem delineados na

hermenêutica constitucional – cujo *locus* privilegiado é a práxis -, que merecem melhor estudo e que podem ser incorporados à argumentação jurídica local com chances de êxito na formação de uma nova jurisprudência, mais alinhada à máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido parece ter caminhado o STF no julgamento do RE 603.616/RO, objeto de estudo ao final deste trabalho.

No plano processual orientado pela dogmática constitucional dos direitos fundamentais, têm-se, por exemplo, para proteção da inviolabilidade domiciliar, com arrimo no direito norte-americano e intimamente ligados à quarta emenda, os conceitos jurisprudenciais de causa provável e de suspeita razoável, que, na jurisprudência daquele país, servem de indicativos concretos de contenção de abusos (RAMOS, 2006).

Como se verá logo adiante e com maior vagar, a quarta emenda norte-americana protege o cidadão contra buscas e apreensões arbitrárias e teria surgido em reação ao *writ of assistance*, uma espécie de ordem geral de busca e apreensão.

Essas figuras não aparecem na jurisprudência brasileira, embora pareça factível sustentá-las com amparo no conceito legal de fundadas razões e ainda na regra da proporcionalidade. Os ganhos dogmáticos e pragmáticos que esse estudo pode trazer devem ser considerados.

No direito alemão, artigo recente de John Zaluaga (2014) noticia que violações de domicílio tinham tornado-se frequentes na Alemanha dos anos 1990.

Deveras, o expediente das forças de segurança pública alemãs era invocar o “*perigo da demora*” como justificativa para atenuação da reserva judicial, assim entendida como a exigência de mandado judicial como regra. O Tribunal Constitucional alemão, amparado em decisão pretérita de Winfried Hassemer, de 2001, declarou inconstitucional a relativa facilidade de atenuação da exigência de mandado pelo volátil conceito de perigo da demora (ZALUAGA, 2014). Neste ponto específico, parece existir também similitudes com a realidade brasileira, em que mandados são olvidados a pretexto de garantir o flagrante.

No direito espanhol, por seu turno, já se discutiu sobre os critérios para validação do consentimento do morador.

Aury Lopes Júnior (2012, p.709) afirma que: “Outra situação interessante surge quando o consentimento é dado por alguém que está submetido a uma prisão cautelar (seja ela temporária ou preventiva)” e, então, faz uma tradução livre da sentença do Tribunal Supremo da Espanha, proferida em 13 de junho de 1992:

[...] o problema radica em saber se um detido ou preso, está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis*...e dizemos *sui generis* porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula *convite* ou *pedido* de autorização para realizar a busca com consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental. (LOPES JUNIOR, 2012, p.709).

Esse conjunto de problemas recomenda a aproximação da investigação aos grandes campos da teoria do direito e da hermenêutica constitucional, marcos teóricos inafastáveis.

Além disso, embora a CRFB tenha sido promulgada em 1988, também a doutrina processual penal não costuma enfrentar a questão da violação de domicílio sob o enfoque dos direitos fundamentais aqui proposto.

Em muitos casos, senão em todos, manuais de processo penal simplesmente não dialogam com as influências da hermenêutica constitucional e limitam-se a discutir apenas os conceitos de flagrante e de crime permanente como aspectos suficientes para a total supressão do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Esse é um indício muito claro e forte de que a doutrina passou a reproduzir a solução prática da jurisprudência como verdade ao invés de construir as condições teóricas de proteção e restrição do domicílio, fornecendo critérios seguros de solução do conflitos ao Poder Judiciário. Noutras palavras, a doutrina reproduz a prática jurisprudencial como conhecimento científico, uma confusão que merece reflexão mais detida.

Pensar a inviolabilidade de domicílio primeiramente à luz da teoria do direito e da hermenêutica constitucional e projetar depois esse saber sobre o processo penal, tentando identificar as influências mútuas entre tais áreas do saber jurídico pode representar, ao final, ganhos específicos de racionalidade argumentativa e avanços concretos em termos de realização do Estado Democrático de Direito como tarefa e como processo.

1.3. Análise jurisprudencial, abordagem empírica e critérios de escolha e análise das decisões judiciais

Uma das estratégias deste trabalho consiste em interpolar ao longo da argumentação ementas que sejam representativas dos padrões decisórios hoje prevalentes no Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, no Superior Tribunal de Justiça - STJ e no Supremo Tribunal Federal - STF sobre inviolabilidade domiciliar e crime permanente.

O objetivo dessa forma de apresentação é provocar o impacto mais imediato possível no leitor; colocá-lo sem demora no cerne do confronto ora estabelecido entre teoria e prática, tornar explícita a tensão recorrente entre o Direito como dever ser e o Direito como ele de fato opera na realidade.

Depois de apresentar o estado da arte nos campos da teoria do direito da hermenêutica constitucional e da dogmática processual penal, a última etapa do trabalho buscará analisar qualitativamente o tema 280 da sistemática de repercussão geral do STF que, ao que parece, modificou de alguma forma o panorama hoje cristalizado na jurisprudência, permitindo ao menos novas aberturas interpretativas.

As etapas iniciais de pesquisa e coleta de dados para esse mister revelaram que há predominância muito clara de decisões judiciais que justificam invasões – considerando-as, portanto, como restrições constitucionalmente válidas e não como violações – o que ocorre a partir do argumento exclusivo da natureza permanente do delito de tráfico de drogas.

A repetição constante do argumento em centenas de acórdãos do TJSP e em quase uma centena de acórdãos do STJ permitiram a escolha relativamente livre de ementas que fossem representativas dos argumentos utilizados ao longo do texto.

A extrema dificuldade de localização de acórdãos dissonantes ou reveladores ao menos de posição minoritária nas Cortes pesquisadas, à exceção do RE 603.616/RO, liberou de certa forma a pesquisa da preocupação de estabelecer critérios de validação da empiria. Notadamente porque, nesse sentido, o STJ criou ferramenta específica com o mesmo escopo aqui buscado.

A leitura dessa multiplicidade de julgados conduziu e conduz à conclusão de que, para os Tribunais pesquisados – TJSP, STJ e STF - a permanência flagrancial autoriza sempre o ingresso da polícia no recinto privado sem mandado, haja vista a previsão diretamente constitucional do flagrante como cláusula restritiva do direitos fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Do ponto de vista qualitativo há uma série de inferências possíveis sobre toda essa gama de acórdãos.

Sem pretender esgotá-las nessa apresentação, pode-se por exemplo antecipar que, no contexto de combate às drogas que o Brasil endossa nos planos interno e internacional, a classificação doutrinária e legal de crime permanente (art. 303, CPP), atrelada no campo da dogmática especificamente à compreensão didática do momento consumativo do delito, acaba

sobrepondo-se com facilidade na jurisprudência sobre o âmbito de proteção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio³.

Nesse sentido, e notadamente nos casos de tráfico de drogas, se o crime é permanente, qualquer ingresso de policiais em casa alheia acabará encontrando respaldo dos Tribunais.

Essa convalidação indica a um só tempo que, de um lado, a inviolabilidade do domicílio pode não passar de um simples mito democrático, e que, de outro, a lógica de combate (ainda) assume o centro da racionalidade jurisprudencial.

Considerando as matrizes autoritárias do processo penal brasileiro, ainda remanescentes em grande parte mesmo após as reformas de 2008, cabe aqui dialogar com excerto significativo de Geraldo Prado (2014, p.25) sobre as raízes históricas e ideológicas do modelo de processo penal do Estado Novo:

O norte da atividade processual era a busca da verdade e a estrutura procedimental deveria ser suficientemente flexível para favorecer a pesquisa probatória pelo juiz a qualquer tempo, mesmo depois de encerrada a instrução criminal. O marco de referências que configurou esse contexto no qual estava inserido o processo penal brasileiro era o do estado autoritário. O autoritarismo, todavia, expressava-se pela superioridade do coletivo sobre o individual, mas o “coletivo” não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado.

Há indícios muito claros de que essa prevalência da razão de Estado sobre os direitos e garantias individuais continua a ocupar o centro da racionalidade dos Tribunais. Essa racionalidade, porém, sobrevive às exigências de uma democracia e do Estado de Direito?

Por outro lado, em termos quantitativos, convém repisar a predominância, a coleta de dados indicou com alta dose de precisão que, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o emprego exclusivo do argumento do crime permanente como justificativa de restrição à inviolabilidade domiciliar é uma prática consolidada.

Inicialmente, dentre inúmeras estratégias possíveis de aproximação da realidade empírica e numérica dos julgados do Tribunal Paulista, uma busca por decisões de segundo grau com ementas que contivessem em seu corpo as expressões “violação de domicílio” e

³ PRELIMINAR. Violação de domicílio. Inocorrência. Crime permanente. Prescindibilidade de mandado judicial. Inteligência dos artigos 5º, XI, da Constituição da República e 303 do Código de Processo Penal. Arguição preliminar rejeitada. TRÁFICO DE DROGAS. Sólidas provas de caráter material e da autoria relativas à imputada traficância. Depoimentos de milicianos que são de consideração. Laudos decorrentes de perícia que também são de relevo. Condenação que se mantém. Pena corretamente dosada e individualizada. Regime prisional fechado que, ajustado, apropriado, não se altera. Portanto, recurso improvido. (Relator(a): Encinas Manfré; Comarca: Taquaritinga; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 02/06/2016; Data de registro: 29/06/2016)

“tráfico de drogas” e “crime permanente” num recorte temporal entre os anos de 2013 a 2016 forneceu, por exemplo, à data da busca, 12 julgados uníssomos no sentido de que não ocorre violação de domicílio se o crime é permanente.

Todavia, o emprego de outros critérios de busca no sistema de pesquisa de jurisprudência do TJSP, seja por expressões-chave seja por recortes temporais variados, devolve sempre decisões no mesmo sentido às dezenas ou centenas, o que reforça a existência muito provável de um padrão argumentativo.

Por exemplo: se ao invés de refinar a busca apenas por ementas com as expressões já consignadas, for feita uma pesquisa livre de acórdãos em segundo grau com as expressões “tráfico de drogas” e “crime permanente” e “violação de domicílio” e “prova ilícita” serão apresentados 17 (dezesete) resultados em 2014; 35 (trinta e cinco) resultados em 2015; e 23 (vinte e três) resultados apenas no ano inacabado de 2016. Em todas essas decisões repete-se como um mantra, um dogma, que não ocorre violação de domicílio se o crime é permanente.

No mesmo diapasão, o STJ recentemente disponibilizou em seu site uma “ferramenta online” denominada “pesquisa pronta” sobre Direito Constitucional, subárea Direitos e Garantias Fundamentais, que versa precisamente sobre “exceções ao direito a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI CRFB/88)”.

A “pesquisa pronta”, que obviamente não dispensa a presente, facilita a investigação já a partir da sintomática expressão “exceções” - existirão mesmo exceções previamente identificáveis? – bem como aponta 63 acórdãos selecionados no âmbito daquela Corte.

O olhar interessado sobre esse conjunto de 63 decisões do STJ amplifica a ideia geral, idêntica à do TJSP, de que o crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, mantém vivo o flagrante enquanto não cessada a permanência, o que permite descaracterizar alegadas violações de domicílio, tendo em vista primordialmente a previsão do flagrante como “exceção” no próprio texto do art. 5º, XI, da CRFB.

Por derradeiro, o próprio STF vinha cultivando o mesmo entendimento até fixar, em novembro de 2015, no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, o tema 280 da sistemática da repercussão geral, que versa sobre “provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão”.

Como se verá ao longo deste trabalho, o tema 280 poderá significar a modificação da jurisprudência ora prevalecente sobre a extensão da proteção conferida aos cidadãos pelo art. 5º, XI, da CRFB.

Em linhas muito gerais, ao contrário do efeito – ora prevalecente - do crime permanente sobre a inviolabilidade de domicílio, afirma a Suprema Corte que há necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar, mediante controle judicial *a posteriori* da ação policial, justificado na proteção do indivíduo contra ingerências arbitrárias, ainda quando se trate de infração permanente.

A propósito, diz de maneira muito elucidativa o ponto 5 da ementa do RE 603.616/RO (BRASIL, 2015, p.2):

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

O breve trecho transcrito indica a possibilidade de superação do entendimento anterior prevalecente no próprio STF e antagoniza-se frontalmente com os julgados pacíficos do TJSP e do STJ, o que parece indicar uma nova perspectiva daqui em diante sobre a questão.

Além disso, o fato de o tema 280 firmar-se na premissa de que o controle judicial *a posteriori*, fundado na necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar, é uma questão de “Interpretação da Constituição” (ponto 4 da ementa do RE 603.616/RO), confirma que o problema da violação de domicílio em casos de crime permanente exige estudo a partir do prisma da hermenêutica constitucional, o que é objeto de aprofundado estudo no capítulo 2 a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy, eleita neste estudo como ferramenta de análise e não propriamente como uma teoria a ser defendida a todo custo.

Por fim, cabe destacar que serão utilizadas ainda as categorias de análise cunhadas por José Rodrigo Rodriguez para controle da racionalidade de decisões judiciais e para identificação dos modelos ou padrões de justificação existentes.

Para esse autor, uma perspectiva de análise teórica da jurisprudência não deve perquirir se uma decisão é boa ou ruim, mas explicitar a existência ou não de modelos de justificação, padrões de legitimação democráticos ou autoritários (RODRIGUEZ, 2013, p.171).

Por zona de autarquia, José Rodrigo Rodriguez chama:

Um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação. Está para ser feita uma descrição detalhada dessas zonas de arbitrariedade em que a forma jurídica se torna apenas uma aparência vazia para justificar a arbitrariedade do poder público ou privado. (RODRIGUEZ, 2013, p.172).

Adverte o mesmo autor, e cabe-nos aqui guardar essa aguda observação, que raramente uma zona de autarquia aparecerá de maneira explícita, descuidada ou em enunciados como “decido assim porque eu quero” ou “decido desta forma porque é a melhor coisa a fazer”. Ao contrário, a forma mais comum de zona de autarquia aparecerá sob o manto de uma “falsa justificação” ou “falsa legalidade”, dolosamente empregada para disfarçar decisões puramente arbitrárias. Não raro, ainda, decisões amparadas em falsa justificação poderão ser congruentes, muito embora da congruência não derive necessariamente a racionalidade das decisões. (RODRIGUEZ, 2013, p.172). É preciso estar atento, numa postura de constante desconfiança em relação à superfície apenas aparentemente estável de certas decisões.

São esses em linhas gerais os marcos teóricos que orientarão as investidas empíricas deste trabalho.

1.4. Dogmática e racionalidade para a fundamentação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e o flagrante de crime permanente como justificativa de sua restrição é, sob o prisma de uma investigação jurídica, em primeiro lugar, um problema situado nos campos da teoria do direito e da hermenêutica constitucional que, depois, num segundo momento, projeta reflexos no processo penal. Essa ideia estrutura o presente trabalho.

Embora o próprio art. 5º, XI, do texto constitucional preveja o vocábulo “flagrante” como justificativa de restrição à inviolabilidade do domicílio, é certo que o dispositivo não deu os exatos contornos do sentido dessa figura, deixando com propriedade à doutrina e a jurisprudência sua depuração conceitual.

O flagrante de crime permanente (art. 303, CPP), diferentemente das figuras do flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP), do flagrante impróprio ou quase flagrante (art. 302, III, CPP) e do flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV, CPP), atreladas de certa forma à ideia quase intuitiva de “certeza visual do delito”, tem peculiaridades fáticas e jurídicas que podem esvaziar o conteúdo essencial da inviolabilidade domiciliar em dado caso concreto.

O completo esvaziamento do conteúdo essencial de um direito fundamental como resultado de uma intervenção estatal é aspecto que o atual estágio de sedimentação da teoria

dos direitos fundamentais tende a não admitir, exceto quando, na dimensão teórica de Alexy e Virgílio Afonso da Silva, for preservada, no caso concreto, a proporcionalidade da ação estatal.

Em boa parte, o segundo capítulo deste trabalho buscará explicar a fundo, tanto quanto possível, o resultado destas afirmações iniciais.

Para tanto, será necessário estudar o âmbito de proteção, o suporte fático e o conteúdo essencial do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, bem como compreender o alcance das possibilidades de restringi-lo em dado caso concreto.

Dissecar, portanto, a estrutura analítica do direito enunciado no art. 5º, XI, da CRFB e avaliar a influência dessa construção dogmática na aplicação concreta do direito processual penal brasileiro, especialmente o alcance e os limites argumentativos do flagrante de crime permanente como justificativa – admissível ou não – de restrição ao direito fundamental, é tarefa que exige a leitura integrada de diversos dispositivos⁴ de dimensão constitucional, supralegal⁵ e infraconstitucional, bem como a reflexão de variados aspectos teóricos da hermenêutica constitucional.

A partir do cotejo desse conjunto de dispositivos e da estrutura analítica fornecida pela hermenêutica constitucional é que se construirá⁶ o sentido da norma que protege a casa contra arbitrariedades.

Uma leitura nessa perspectiva, ao concentrar esforços especialmente no direito positivo brasileiro, torna o trabalho essencialmente dogmático.

⁴ Serão empregados os vocábulos “dispositivo” ou “enunciado” ao invés de “norma” quando se fizer referência ao texto escrito de determinado artigo, parágrafo, inciso ou alínea. Acolhe-se a posição de Guastini, explorada por Humberto Ávila (2015, p.50): *“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”*.

⁵ O caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que os situa imediatamente abaixo da Constituição, mas logo acima de toda a legislação infraconstitucional, foi afirmado em 2008 pelo STF no julgamento não unânime do RE 466.343-SP, que, por ora, representa o entendimento prevalecente da Corte, já sensivelmente alterada em sua composição.

⁶ Por “construção”, expressão que será empregada ao longo de todo o texto, será adotado o conceito que Luís Roberto Barroso (2015, p.305) extraiu do Black’s Law Dictionary (1979) e das lições de José Alfredo Baracho. Conforme Barroso, portanto: *“Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o da construção. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.*

Para os fins aqui propostos, deve-se entender por dogmática uma zona de “elaboração de conceitos e de integração desses conceitos num sistema, tudo isso orientado à resolução de problemas jurídicos de um modo determinado”. (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.96).

A elaboração de um conceito analítico e sua posterior inserção no sistema processual penal são etapas de uma tarefa prática orientada à resolução de problemas jurídicos concretos e tem como metas a construção e o aperfeiçoamento de discursos uniformes, coerentes, previsíveis, compartilhadores de sentidos e estruturas.

Deveras, um conceito analítico de inviolabilidade do domicílio que esteja politicamente justificado na supremacia da Constituição e na necessidade de consecução de seus objetivos deve, ao final, impor constrangimentos argumentativos aos juristas, espelhados numa jurisprudência solidamente argumentada.

Convém sublinhar ainda que a dogmática, nesse sentido, tem a pretensão de ser racional e previsível e não necessariamente portadora de uma verdade irrefutável.

Conforme a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2015, p. 25-26):

Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de *princípio da proibição da negação*, isto é, princípio da não negação dos pontos de partida de séries argumentativas ou ainda *princípio da inegabilidade dos pontos de partida* (Luhmann, 1974).

São pontos de partida dessa concepção dogmática a Constituição brasileira de 1988 com sua pauta de valores ético políticos e os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Conforme a lição de Robert Alexy (2015), a metodologia de um trabalho de dogmática jurídica tem três dimensões bem definidas: uma analítica, uma empírica e uma normativa, sendo que “*em cada uma dessas dimensões há diferentes modos de proceder*” (2013, p.248). Assim:

Na dimensão empírico-descritiva pode-se distinguir, sobretudo, a descrição da práxis dos tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador. A dimensão analítico-lógica inclui tanto a análise dos conceitos jurídicos como também a investigação das relações entre as diferentes normas e princípios. Finalmente, procede segundo uma dimensão prático-normativa, por exemplo, quem propõe e fundamenta a interpretação de uma norma, uma nova instituição, ou quem critica uma decisão judicial quanto a seus defeitos práticos e elabora uma contraproposta. Entre estas três dimensões há numerosas relações. Assim, a descrição do direito vigente pressupõe um determinado instrumental conceitual. A análise lógica do direito vigente não é possível sem sua

descrição e, para elaborar propostas de normas e de decisões, visto que elas ocorrem no âmbito do ordenamento jurídico existente, é necessário o conhecimento desse ordenamento jurídico. (ALEXY, 2013, p. 248).

O capítulo 2 buscará essencialmente analisar dogmaticamente o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio no Direito brasileiro de forma analítica, visando “à *dissecção sistemático-conceitual do direito vigente*” (ALEXY, 2015, p.33).

O direito à inviolabilidade do domicílio compreendido nesse seu horizonte dogmático pluridimensional⁷, mas especialmente sob a perspectiva analítica, exige a enunciação de categorias analíticas, capazes de fincar de maneira prática barreiras argumentativas concretas a decisões que relativizam, quando não simplesmente anulam, seu conteúdo essencial.

Conforme Alexy (2015, p.33-34), o espectro da dimensão analítica:

[...] estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento).

Em suas relações inerentes com os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e com a proibição de provas ilícitas, a inviolabilidade do domicílio encontra vários pontos de contato com o Direito Penal e com o Direito Processual Penal, o que será explorado no capítulo 3. Lembre-se, por oportuno, que a violação de domicílio é um tipo penal cujo bem jurídico protegido é a liberdade individual.

Pode-se dizer que a construção de um conceito analítico de inviolabilidade do domicílio tem o mesmo sentido de garantia que a dogmática empresta ao direito penal, por exemplo.

Segundo a lição de Silva Sánchez (2009, p.81) desenvolvida a partir de Munhoz Conde:

[...] a dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções dentre aquelas atribuídas à atividade jurídica geral de um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo perante o poder arbitrário do Estado, que, conservando-se dentro de certos limites, exige o controle e a segurança desses mesmos limites. A dogmática jurídico-penal se apresenta, assim, como uma consequência do princípio de intervenção lícita do poder punitivo estatal e, ao mesmo tempo, como uma conquista irreversível do pensamento democrático.

⁷ A expressão é de Robert Alexy (2013, p.247): “Disso resulta claramente que a dogmática jurídica é uma “disciplina pluridimensional”.

A elaboração de conceitos analíticos é, dessa maneira, uma tarefa específica da dogmática, que visa a garantir direitos fundamentais, uniformizar a linguagem dos juristas, resguardando o valor da segurança jurídica e os ideais de previsibilidade e de uniformidade dos julgamentos como exigências de igualdade.

Salta aos olhos que se trata de um esforço de elaboração teórica que busca atingir, ademais, resultados eminentemente práticos, portanto. Essa praticidade é característica das preocupações dogmáticas. Aqui, mais uma vez com amparo em Alexy (2015, p.37), pode-se dizer que:

A Ciência do Direito, na forma como levada a cabo hoje, é, em primeiro instância, uma disciplina prática, porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser. Na Ciência do Direito essa questão é formulada a partir de uma perspectiva que corresponde à perspectiva do juiz. Isso não significa que a Ciência do Direito não possa abranger outras perspectivas, nem que sempre diga respeito diretamente à solução de casos concretos, mas somente que a perspectiva do juiz é a perspectiva típica da Ciência do Direito e que os enunciados e teorias desenvolvidos a partir dela, mesmo quando abstratos, referem-se sempre à fundamentação de juízos concretos de dever-ser. Em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se como um princípio unificador. [...] Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional: combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.

No mesmo sentido eminentemente prático, Gimbernat Ordeig, citado por Silva Sánchez (2009), assinala a dogmática jurídica como um mecanismo de redução da aleatoriedade e da imprevisibilidade das decisões judiciais, já que ela:

[...] torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtrair-lo da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja uma dogmática, mais imprevisíveis serão as decisões dos tribunais, e a condenação ou absolvição passarão a depender principalmente do acaso e de outros fatores incontrolláveis. (SILVA SÁNCHEZ, 2009, p.82).

Esse trecho tem suma importância pois, hoje, a jurisprudência majoritária no Brasil, especialmente no Estado de São Paulo, afasta no julgamento de casos concretos o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e outros ainda, como a proibição de prova ilícita, usando para tanto argumentos lógicos, dotados de certa razoabilidade, mas que são dogmaticamente desorientados, descompassados das estruturas dogmáticas já existentes no campo da teoria dos direitos fundamentais.

Conceitos e categorias analíticas revelam-se, assim, ótimos instrumentos de controle contra decisionismos e argumentações pouco elaboradas, pois impõem fundamentações efetivas e constrangimentos argumentativos claros.

Consequentemente, no plano do Direito Constitucional é fundamental a enunciação de categorias analíticas e mesmo de um conceito analítico de direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre com o conceito analítico de delito no Direito Penal (fato típico, ilícito e culpável) ou o conceito de tributo e sua dissecção em categorias muito claras (hipótese de incidência, fato gerador e obrigação tributária).

Também nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p.226) afirmam que “descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos”.

Pode-se afirmar com Virgílio Afonso da Silva (2014, p.38) que:

[...] ganhos analíticos têm sempre também implicações muito reais e concretas na atividade de proteção dos direitos fundamentais. Isso porque o método analítico tende a trazer à luz diversas pré-compreensões, quase sempre mal-esclarecidas, que, via de regra, acabam por escamotear restrições a direitos fundamentais como se se tratasse de meras delimitações conceituais sem qualquer ligação com o grau de proteção e de realização desses direitos. [...] é justamente a partir do método analítico que se criam todas as condições teóricas para a construção de um modelo que tenha seu foco central em exigências reais de fundamentação e na criação de ônus argumentativos claros para qualquer atividade que implique restrição a um direito fundamental ou para qualquer omissão que implique uma não-realização de um desses direitos. Esse ganho em transparência na análise dos direitos fundamentais é, segundo a tese que aqui se defende, exigência de uma constituição de um Estado Democrático de Direito.

Reforçar o(s) sentido(s) dos dispositivos que enunciam direitos fundamentais no Brasil e elaborar categorias analíticas que auxiliem a compreensão dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional brasileiro são, portanto, duas exigências inadiáveis de racionalidade⁸ que o Estado Democrático de Direito impõe aos juristas, almejando o aperfeiçoamento e a controlabilidade das decisões judiciais.

⁸ Sobre a racionalidade e os objetivos que se almejam com sua exigência, por ora, a lição de José Rodrigo Rodriguez (2013, p.160) sublinhando a importância da maneira pela qual uma decisão é apresentada publicamente: “Os modelos de racionalidade jurídica consistem em conjuntos de regras, cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para a justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais. Os modelos de racionalidade jurídica não dizem respeito à maneira pela qual o juiz chega à sua decisão (Dewey, 1924), mas sim à maneira pela qual ele a apresenta publicamente, afinal, a justificação da decisão pode vir a vincular os julgamentos futuros que tratem de temas semelhantes”.

1.5. Consequências da falta de racionalidade na relativização da inviolabilidade domiciliar

Apesar de reconhecida como direito fundamental em todas as constituições que já existiram no Brasil, a inviolabilidade domiciliar jamais foi eficaz na contenção de ações estatais arbitrárias e, assim, ilegais. Sem esquecer do caráter multifacetário desse problema, uma de suas razões é certamente a falta de ônus argumentativos claros à atividade decisória.

O fato de os direitos humanos e fundamentais não se consubstanciarem em objetos de fruição concreta pelos indivíduos destinatários de suas declarações é um problema que acomete os direitos fundamentais em geral no mundo todo, razão pela qual Boaventura de Sousa Santos (2013), alinhado a inúmeros outros teóricos, chegou recentemente a questionar a efetividade desses direitos⁹ como projeto ocidental – fruto da modernidade - de contenção do arbítrio estatal:

A hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discurso de direitos humanos. Deve pois começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente a luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil. Por outras palavras, será a hegemonia de que goza hoje o discurso dos direitos humanos o resultado de uma vitória histórica ou, pelo contrário, de uma derrota histórica? (SOUSA, 2013, p.42)

Especialmente no combate ao tráfico de drogas, cujo discurso está estruturado no Brasil e no mundo sobre as bases da tríade “defesa social, segurança nacional e movimento Lei e Ordem” (CARVALHO, 2013), o que se tem e se pode demonstrar empiricamente é o emprego sistemático de invasões policiais de domicílio como estratégia de guerra, como não desmente a consagrada expressão “*war on drugs*”.

Não fosse prática odiosa, por si só, a invasão indiscriminada de domicílios à “caça de criminosos”, essa espécie de ação revela-se tão mais grave na medida em que mostra-se seletiva, aplicada quase sempre apenas nas periferias das cidades.

A “ação de guerra” empreendida pelo Executivo depois é, via de regra, convalidada pelos Tribunais mediante o emprego do argumento técnico-processual do crime permanente, que canaliza a prevalência desproporcional da segurança pública sobre a liberdade individual,

⁹ Apenas para fins de notícia dessa crítica pertinente do professor português, leia-se aqui “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como expressões com horizonte de sentido muito aproximado. As diferenças entre ambas, que não são poucas, não serão enfrentadas neste momento.

mormente porque não respeita sequer o conteúdo essencial¹⁰, o limite dos limites, da inviolabilidade domiciliar.

A simbiose da guerra promovida pelo Poder Executivo contra determinados delitos com a naturalização dessas práticas pelo Poder Judiciário gera um ciclo de violência real e discursiva que põe na berlinda os direitos fundamentais, que, todavia, deveriam desestimular ações policiais violatórias e constranger o Judiciário a não compactuar com essas práticas.

Sem caminhar para o descrédito ou para a afirmação de imprestabilidade dos direitos fundamentais, conquanto seja tentadora a elaboração de um discurso crítico nesse sentido, na linha, por exemplo, do pensamento de Giorgio Agamben (2004), será adotada neste trabalho a postura hermenêutica de suspeita (SANTOS, 2013, p.43) que recomenda que:

Sendo os direitos humanos a linguagem hegemônica da dignidade humana, eles são incontornáveis, e os grupos sociais oprimidos não podem deixar de perguntar se os direitos humanos, mesmo sendo parte da mesma hegemonia que consolida e legitima a sua opressão, não poderão ser usados para a subverter. Ou seja, poderão os direitos humanos ser usados de modo contra-hegemônico? (SANTOS, 2013, p.42).

Nos casos concretos em que se discuta, por exemplo, a ilicitude de prova obtida a partir de domicílio violado, espera-se uma argumentação capaz de superar a rasa dicotomia entre segurança pública e liberdade individual, frequentemente empregada como premissa dessa espécie de julgamentos.

Essa clivagem que antagoniza de forma maniqueísta a sociedade e o indivíduo, a segurança pública e a liberdade individual, não pode persistir no Estado Democrático de Direito como argumento idôneo, mormente quando elemento único de justificação de ações do estado nitidamente destituídas de razoabilidade.

Percebe-se, porém, que essa não é uma particularidade brasileira, mas um fenômeno ocidental cada vez mais claro.

Mais à frente se verá que esse problema foi e é amplamente debatido na Alemanha, em Portugal e nos Estados Unidos.

Neste último país o debate é especialmente crítico, já que após os atentados de 11 de setembro de 2001 e a edição do *Patriot Act* foram limitadas diversas liberdades civis, tudo em nome da segurança nacional e do combate ao terrorismo.

O ataque terrorista na cidade francesa de Nice, em 14 de julho de 2016, por ocasião das comemorações da queda da Bastilha, é outro exemplo que amplia ainda mais o rol de países

¹⁰ Suporte fático, âmbito de proteção e conteúdo essencial são substratos do conceito analítico de direito fundamental, como se verá mais tarde.

que debatem a relação sociedade e indivíduo, mitigando direitos, intensificando práticas investigativas e limitando liberdades individuais.

No caso de todos esses países, os estudos preliminares da presente pesquisa revelaram que existe um franco debate na jurisprudência sobre os limites da intervenção estatal sobre a privacidade e a intimidade, direitos fundamentais que a inviolabilidade domiciliar resguarda.

A disseminação desse problema em diversos países é sem dúvida efeito direito da globalização. Por isso, sem olvidar a frequente e acertada crítica que se faz à importação açodada de institutos e práticas jurídicas de outras nações, não se desprezam igualmente neste trabalho os institutos, experiências e práticas de outros países, pois a interpenetração de ordenamentos jurídicos será cada vez mais intensa nos próximos anos.

A crescente – e obviamente criticável - uniformização da cultura ocidental, - que comunga os problemas da modernidade tardia, a socialização das perdas, a privatização dos ganhos e a expansão do controle penal como etapa de consolidação do projeto neoliberal -, aproxima o contexto brasileiro do de outros países, o que permite esse olhar integrativo, sempre que possível.

1.6. Uma advertência final e necessária

Após este esforço introdutório de contextualização, o próximo capítulo pretenderá resgatar o sentido político e histórico do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, abordá-lo em seguida numa perspectiva estática, mediante dissecção analítica de seu atual dispositivo constitucional e, por fim, trabalhará-lo numa dimensão relacional ou dinâmica, expondo para tanto sua interação com outros princípios e regras em casos concretos.

Nesse momento de estudo da dimensão relacional ou dinâmica, atentando-se ao já elucidado *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*, a perspectiva de análise do conteúdo dogmático do direito fundamental estará preferencialmente ligada à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, sem prejuízo de um olhar mais amplo e crítico, quando parecer necessário.

Adverte-se o leitor, contudo, mais uma vez e sempre que necessário, que a aproximação à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, inserida no marco teórico da

hermenêutica constitucional, não se faz com o intuito de defendê-la até as últimas consequências.

Mais do que sustentar essa teoria em detrimento de outras existentes no plano da hermenêutica constitucional, este trabalho elegeu seu discurso e sua racionalidade como “caixa de ferramentas” para a compreensão de uma realidade específica. Uma compreensão assim atrelada a uma teoria dogmática será paradoxalmente em parte libertadora e em parte condicionante e parcial.

A ideia de um discurso como caixa de ferramentas é de Michel Foucault (2006), que propunha a seguinte postura em relação à sua própria obra:

Meu discurso é, evidentemente, um discurso de intelectual e, como tal, opera nas redes de poder em funcionamento. Contudo, um livro é feito para servir a usos não definidos por aquele que o escreveu. Quanto mais houver usos novos, possíveis, imprevisíveis, mais eu ficarei contente. Todos os meus livros seja História da loucura seja outros podem ser pequenas caixas de ferramentas. Se as pessoas querem mesmo abri-las, servirem-se de tal frase, tal ideia, tal análise como de uma chave de fenda, ou uma chave inglesa, para produzir um curto-circuito, desqualificar, quebrar os sistemas de poder, inclusive, eventualmente, os próprios sistemas de que meus livros resultam, pois bem, tanto melhor! (FOUCAULT, 2006, p.52).

De mais a mais, o próprio Alexy (2015) reconheceu os limites de sua teoria em vários trechos de “Teoria dos Direitos Fundamentais”, ressaltado, contudo, os ganhos de racionalidade que ela pode fornecer:

As reflexões sobre a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais estavam voltadas à questão da controlabilidade racional dessa argumentação. O resultado é a constatação de que, a partir dessa base, a determinação e a estruturação da argumentação nesse âmbito ganham em racionalidade, mas também que a extensão e a força do controle que daí decorrem são limitadas. Uma considerável lacuna de racionalidade permanece. Essa lacuna é preenchida pelo processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais: o discurso de direitos fundamentais. O discurso de direitos fundamentais é um procedimento argumentativo que se ocupa com o atingimento de resultados constitucionalmente corretos a partir da base aqui apresentada. Como a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é determinada apenas de forma incompleta por sua base, a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito. Isso significa que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático em geral. Por isso, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas gerais da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada. (ALEXY, 2015, p.573-574).

Perceba-se a admissão pelo próprio teórico de que a base da teoria dos direitos fundamentais é reputada incompleta, embora necessária. O que ela não abarca por sua incompletude acaba sendo preenchido pela argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Toda argumentação, segundo o autor é até certo ponto insegura quanto a seus resultados; porém, o estabelecimento de uma base teórica como ponto de partida qualifica essa abertura, tornando-a, por isso, mais racional, especialmente porque os pontos de partida tornam-se claros, conhecidos e compartilhados por todos os envolvidos na comunicação.

Não se trata, em síntese, de escrever simplesmente para confirmar à exaustão a teoria dos direitos fundamentais de Alexy.

De fato, não são poucos os pensadores, dentre eles, Habermas¹¹, que lançaram objeções ao modelo teórico aqui empregado. Trata-se sim de uma escolha metodológica desde já esclarecida com toda sinceridade ao leitor, de um recorte teórico feito a partir de certas escolhas justificadas ao longo do texto, da eleição mais ou menos controlável de um marco teórico dentre tantos outros possíveis, uma postura de pesquisa, enfim, que, deixando claras as limitações identificadas no próprio marco teórico, emprega a teoria escolhida como um instrumento útil de aproximação a uma certa realidade.

Acertos e erros, incoerências internas serão certamente identificadas, mas essa é uma característica do próprio caráter provisório de todo conhecimento científico (KUHN, 2011).

O discurso que ora se constrói trilhará, portanto, um caminho humilde, despido da pretensão de atingir um conhecimento revestido de verdade insofismável. Muito pelo contrário, se ao longo do processo ou se ao final forem encontrados resultados que impliquem algum critério mais claro para o controle de decisionismos e para a redução de arbitrariedades, terá sido considerado proveitoso o caminhar.

¹¹ Para uma aproximação à discussão entre Habermas e Alexy, confira-se o posfácio de Teoria dos Direitos Fundamentais (Alexy, 2015)

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

2.1. A dimensão histórica da inviolabilidade domiciliar no ocidente e na tradição constitucional brasileira

É praticamente impossível localizar precisamente nas coordenadas tempo e espaço a origem da importância do lar para o ser humano. A aurora dessa necessidade de resguardo perde-se na noite dos tempos. Intuitivamente, é provável que sua importância tenha sido percebida e destacada a partir do abandono do modo de vida nômade, com a fixação do homem sedentário em algum território.

Mesmo sem um marco histórico preciso, é certo que a inviolabilidade domiciliar está consagrada na tradição jurídica dos países ocidentais. Tanto em países de tradição romano-germânica quanto nos de *common law*, a casa de um homem como seu castelo, no sentido de ali poder ser e agir verdadeiramente como um rei, e santuário – lugar sagrado -, refúgio e asilo inviolável, protegido contra ataques de terceiros e especialmente contra arbitrariedades de agentes estatais, é uma certeza assentada na concepção racional, e outrora divinamente fundamentada, de direitos inalienáveis do homem.

Essa proteção é - como todos os direitos fundamentais o são - fruto de fatos e de lutas históricas, assim como histórica é a narrativa de abusos contra sua existência.

As famílias antigas, modernas e contemporâneas, ainda que sob modos variados de divisão de poder e exercício da autoridade, têm um lar, lugar de abrigo e convivência.

Até para os animais os homens criam santuários, refúgios, delimitando espaços indevassáveis de proteção e aconchego. Stephen J. Schulhofer¹², em estudo ainda sem tradução para o português sobre a quarta emenda americana, lembra que “*Biologists have noticed that primates and many other mammals seek periods of solitude or intimacy within a small group*”. (SCHULHOFER, 2014, p.30).

A importância da casa de um homem e a necessidade de protegê-la é, dessa forma, imemorial, assim como antiga é a proteção que o Direito lhe confere.

Em busca de um ponto de partida para análise dos institutos da busca e da apreensão, intimamente ligados à inviolabilidade do domicílio, Cleunice Bastos Pitombo

¹² Professor da New York University School of Law.

(2005) encontrou na Lei das XII Tábuas a tutela da casa do indivíduo comentada por inúmeros jurisconsultos como Gaio, Festo e Aulo Gelio.

A autora comenta, à luz de informações extraídas de fontes romanas, que:

Assentava, ainda, a Lei das XII Tábuas que a casa é um asilo inviolável: “*Domus tutissimum cuiusque refugium atque receptaculum sit*”. De sua “casa ninguém pode ser tirado contra a vontade, dizia o jurisconsulto Paulo: *De domo sua meno extrahi debet* (Dig., de regul. Juris. L.103). Pela tradução literal daquele preceito da Lei das XII Tábuas, que foi transmitido por Gaio, como se pode ver no Dig., Liv. II, Tít. IV. L.18, bem se pode avaliar quão verdadeira a afirmação daqueles que narram a tradição romana da religiosidade do culto do lar doméstico. Para o romano a casa era um altar doméstico. A entrada em casa alheia, desde tempos tão antigos, via-se cercada de acatamento e prudência, ainda que emergisse para a procura de coisa furtada, por particular ou pelo poder público. (PITOMBO, 2005, p.25-26).

Schulhofer (2014, p.21), por seu turno, localizou também uma fala de Cícero: “*What is more inviolable...than the house of a citizen?...This place of refuge is so sacred to all men, that to be dragged from thence is unlawful*”.

Advirta-se, todavia, que embora essas sejam reminiscências históricas interessantes e eruditas, não exsurge de maneira segura e clara a possibilidade de indicar o direito romano como verdadeira origem da proteção à casa, ao menos quando se pensa na proteção no sentido liberdade individual, concepção hoje predominante a aqui perseguida.

Isso porque, a proteção da casa como liberdade, direito humano absentéista, de primeira dimensão, liga-se com propriedade às origens e principalmente às conquistas políticas da burguesia na modernidade. Fora do ideário burguês¹³ de direitos humanos não havia liberdade como hoje se a concebe, especialmente em Roma ou na Grécia antiga.

De fato, no tópico XVIII do Livro III de “A cidade Antiga”, Fustel de Coulanges (2003) destaca que a cidade era onipotente e que os antigos não conheceram a liberdade individual. Note-se, a propósito, a conclusão desse tópico específico:

É, portanto, erro singular, entre todos os erros humanos, acreditar que nas cidades antigas o homem gozava de liberdade, pois não tinha sequer ideia do que fosse isso. Ele não julgava possível que houvessem direitos em face da cidade e de seus deuses. Veremos mais adiante que o governo muitas vezes mudou de forma; mas a natureza do Estado ficou quase a mesma, e a onipotência quase não diminuiu. O sistema de governo assumiu vários nomes, sendo ora monarquia, ora aristocracia, ou ainda democracia; mas nenhuma dessas revoluções deu ao homem a verdadeira liberdade: a liberdade individual. Ter direitos políticos, votar e nomear magistrados, ser arconte,

¹³ Citando diretamente Ernest Bloch, Boaventura de Souza Santos (2013, p. 44-45) reflete que “a superioridade do conceito de direito tem muito a ver com o individualismo burguês, com a sociedade burguesa que estava a surgir nesse momento, e que, tendo ganho já hegemonia econômica, lutava pela hegemonia política que se consolidou com as revoluções francesa e americana. O conceito de lei e direito adequava-se bem este individualismo burguês emergente, que tanto a teoria liberal como o capitalismo tinham por preferência”.

a isso se chamou liberdade; mas o homem, no fundo, sempre foi sujeito ao Estado. Os antigos, sobretudo os gregos, exageraram muito a importância e os direitos da sociedade, e isso, sem dúvida, devido ao caráter sagrado e religioso de que a sociedade originariamente se revestiu. (COULANGES, 2003, p.252).

No Direito português dos séculos XVI e XVII, Cleunice Bastos Pitombo (2005), após identificar frágeis previsões de proteção à casa nas Ordenações Filipinas e Afonsinas, destaca, baseada nos ensinamento de Marcello Caetano, que:

[...] havia dentro da povoação também, “uma proteção jurídica particularmente forte dada à moradia do vizinho: é a *paz da casa (Pax domestica)*. A ideia de inviolabilidade do domicílio aflora com vigor nas disposições dos forais e nos costumes registrados nos foros. A casa era asilo onde o criminoso, quando conseguisse refugiar-se, ficava ao abrigo de seus inimigos. Se alguém nela penetrasse violentamente, ou contra a vontade do dono, praticava o crime de violação de domicílio, denominado nos forais *domus disrupta* ou *casa derota*, sempre severamente punido e com mais gravidade se os violadores fossem armados. Enfim, o dono da casa que tivesse de matar ou ferir aqueles que nela penetrassem contra sua vontade não ficava sujeito a sanções ou tinha uma responsabilidade atenuada”. (PITOMBO, 2005, p.28).

Não obstante essas fontes remotas, localizadas no Direito Romano – já com a ressalva e a desconfiança de Fustel de Coulanges - e no Direito das Ordenações de Portugal, os passos desta pesquisa indicaram mais adequado, num esforço de aproximação a fontes fidedignas, analisar, ainda que em linhas gerais, a evolução da proteção à casa no direito inglês e norte-americano, aperfeiçoada a partir do combate aos *writ of assistance*.

Isso porque, ao que parece, o dispositivo constitucional brasileiro assim como os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de Direitos Civis e Políticos, documentos ratificados internamente pelo Brasil, que sucessivamente colocaram a casa do indivíduo a salvo de ingerências arbitrárias também têm indisfarçável influência da quarta emenda americana.

Segundo Schulhofer (2012), obra sobre a qual está assentado todo o relato histórico que doravante segue, invasões de domicílio podem ser apontadas como catalisadores da Revolução Americana, causa direta da quarta emenda à Constituição e um dos pilares da liberdade nos Estados Unidos.

É curioso e digno de destaque nesse contexto notar que a doutrina brasileira não tenha até aqui se debruçado sobre o rico material histórico anglo-saxão existente sobre a matéria.

Na segunda metade do século XVIII, após a assinatura do Tratado de Paris de 1763 e o fim da Guerra dos Sete Anos entre França e Inglaterra, a coroa britânica, visando a recompor-se dos custos do recém-encerrado conflito, intensificou a exploração dos súditos da

metrópole e de suas colônias, mediante severos tributos. Três anos mais tarde, ocorreria a revolução da independência.

Nesse contexto de intenso interesse arrecadatório é que se expediam os chamados “writ of assistance”, mandados genéricos que permitiam a oficiais e soldados de baixo escalão, auxiliados muitas vezes por cidadãos, daí o termo “assistance”, a invadir casas em busca de bens sonegados da sanha arrecadatória do coroa.

Em solo inglês, conta a história que o parlamentar John Wilkes, na década de 1760, opunha-se ao imposto da cidra, que tornava praticamente todo cidadão contribuinte. Isso porque, na maioria das casas era possível encontrar uma plantação ou algum produto feito a partir da fruta, o que fazia dos súditos invariavelmente devedores de tributo.

A procura dava-se por agentes amparados pelos *writ of assistance*, mandados genéricos, nem sempre expedidos por juízes, mas por simples servidores da coroa com algum grau de autoridade.

Uma das estratégia de Wilkes foi editar severas críticas ao governo e um dos mais famosos panfletos publicados nesse sentido foi o *The North Briton*, nº45.

Lord Halifax, secretário de Estado, incomodado com os panfletos que dirigiam críticas à coroa, expediu em nome do rei um mandado determinando a quatro mensageiros reais que efetuassem diligentes buscas dos autores, impressores e publicadores dos panfletos, apreendendo seus papéis e demais instrumentos utilizados para a prática da crítica. Os mensageiros cumpriram a ordem e prenderam 49 pessoas, dentre elas John Wilkes, invadindo lares e apreendendo toda sorte de objetos e papéis.

Em reação, John Wilkes e outros detidos moveram ações de indenização contra o expedidor do mandado, seus subalternos e cumpridores da ordem. Obtiveram êxito com fixação de consideráveis montantes reparatórios.

Mais importantes que as reparações civis, porém, foram considerados os precedentes surgidos a partir da apreciação judicial do caso.

No primeiro processo, que envolvia os impressores do panfleto, o Chief Justice John Partt considerou ilegal o mandado expedido por Lord Halifax considerando que entrar na casa de um homem em virtude de um mandado inominado e genérico em busca de evidências seria algo pior que a Inquisição Espanhola, uma prática sobre a qual nenhum cidadão inglês desejaria viver por uma hora. (SCHULHOFER, 2012).

Segundo relata Schulhofer (2012), Wilkes e o juiz Pratt tornaram-se imediatamente heróis na Inglaterra; novos casos se espalharam na América e Wilkes mantinha vivaz

correspondência com figuras-chave da colônia como Samuel Adams, John Adams e John Hancock.

Em 1762, o mesmo Lord Halifax expediu outro mandado para encontrar e prender John Entick. O mandado o nomeava especificamente mas não individualizava os itens particulares a serem buscados. A ordem de apreensão era genérica demais e foi cumprida com rigor. Outra vez Lord Halifax foi condenado em vultosa quantia e a decisão confirmada pela Suprema Corte.

Os dois casos situam-se na mais remota origem da quarta emenda norte-americana e influenciaram de maneira crucial a definição de mandado no Bill of Rights: “*The warrant’s function, of course, is to control the executive, to impose accountability; it can hardly serve its purpose if the executive is permitted to oversee itself.*” (SCHULHOFER, 2012, p.33).

Os casos Wilkes e Enticks logo chegaram à América, exatamente no momento em que a metrópole intensificava a exploração colonial mediante a imposição de pesados tributos de importação e a proibição do comércio com a França no Caribe.

A chave para a execução dessas medidas foi mais uma vez o *writ of assistance* que, como visto, era um mandado expedido por alguma autoridade administrativa e extremamente genérico, inominado, sem previsão de prazo de validade, podendo, por isso mesmo, manter-se válido e executável indefinidamente.

Mesmo quando expedidos por juízes da Corte colonial, referidos mandados não se dirigiam à investigação da prática de nenhum crime em particular. Os executores desses mandados, de posse deles, podiam realizar buscas em qualquer lugar à procura de qualquer coisa.

Contudo, justamente no início desse incremento exploratório da metrópole sobre a colônia, o rei George II da Inglaterra morre. O estatuto legal criado para governança provisória, editado após a morte do rei, previu, assim, que todos os *writ of assistance* expirariam em 6 meses. Logo, no exato momento em que os oficiais passariam a intensificar as buscas e apreensões em nome dos interesses da metrópole, seus mandados expiraram e novos mandados passaram a depender de autorização.

Esse fato, segundo Schulhofer (2012), permitiu que a Corte Superior colonial de Massachusetts testasse o poder real. Naquele momento, 63 comerciantes de Boston, representados pelo famoso advogado James Otis Jr, peticionaram à Corte contra a expedição de novos mandados de assistência, sustentando que apenas mandados bem especificados, contra pessoa certa e expedidos por juízes deveriam ser admissíveis.

Entretanto, um detalhe não pode ser olvidado: no momento em que Otis Jr. sustentou a tese da limitação dos *writ of assistance*, os casos Wilkes e Entick ainda não tinham sido julgados na Inglaterra. À míngua desses dois importantes precedentes, a pretensão dos comerciantes não foi acolhida em primeira instância no julgamento presidido pelo Chief Justice Thomas Hutchinson na colônia.

O discurso inflamado de James Otis Jr contra a ilegalidade e o abuso dos *writ of assistance*, todavia, abriu os olhos da sociedade colonial. Apesar da derrota judicial, muitos cidadãos se dispuseram a pegar em armas contra a tirania dessa prática. Segundo Schulhofer: “*Then and there the child of Independence was born*” (SCHULHOFER, 2012, p. 36).

As famosas declarações de direitos são frutos dessas desventuras coloniais.

Em 1776, a Declaração dos Direitos da Virgínia previu em seu artigo 12º que:

Todas as ordens de prisão são vexatórias e opressivas se forem expedidas sem provas suficientes e se a ordem ou requisição nelas transmitidas a um oficial ou a um mensageiro do Estado, para efetuar buscas em lugares suspeitos, deter uma ou várias pessoas, ou tomar seus bens, não contiver uma indicação e uma descrição especiais dos lugares, das pessoas ou das coisas que dela forem objeto; semelhantes ordens jamais devem ser concedidas.

A Declaração dos Direitos dos cidadãos dos Estados Unidos (United States Bill of rights), em vigor desde 1791, composta das 10 primeiras emendas à Constituição de 1787, também protege cidadãos contra buscas e apreensões arbitrárias, o que se dá pela proteção da já aludida quarta emenda, cuja redação prevê que:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas¹⁴.

¹⁴Tradução sediada no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP in <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>.

Importante notar, contudo, que a expressão “arbitrária” que figura na tradução ao vocábulo “unreasonable” merece outras leituras. Com efeito, “unreasonable” também pode ser traduzido como injustificado ou irrazoável, injusto e absurdo. No dicionário Larousse, por exemplo, “unreasonable” é dado como sinônimo de “unfair” e “not sensible”, ou seja, injusto e de “not justifiable”, não justificável, absurdo ou irracional. Diz a redação original da quarta emenda: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, [a] against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

Schulhofer (2012) observa com propriedade que a redação da quarta emenda tem na verdade duas cláusulas: uma que proíbe buscas e apreensões injustificadas e outra que estabelece formalidades à expedição de mandados. Destaca, porém, que essas duas cláusulas não se harmonizam facilmente. Isso porque, aparentemente, a redação deixa de proibir expressamente aquilo que os revolucionários mais combatiam: buscas e apreensões sem mandado¹⁵. Ou seja, conforme a primeira cláusula, desde que justificadas, buscas e apreensões podem ser feitas sem mandado. Assim, a quarta emenda não vedaria de maneira absoluta violações de domicílio sem mandado, impondo apenas que buscas e apreensões sem mandado fossem justificáveis, razoáveis, não arbitrárias.

Foi a partir da exigência de razoabilidade da primeira parte da quarta emenda, porém, que surgiram as *exclusionary rules*, regras de não-admissão e exclusão de provas ilícitas que inviabilizam ou inutilizam resultados de investigações mal-conduzidas no direito norte-americano.

As *exclusionary rules*, conhecidas como “proibições de prova” em Portugal e como “beweisverbote” na Alemanha, influenciam diretamente o regime jurídico das provas no Brasil, muito embora a jurisprudência relute em aplicá-lo.

A Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, embora não preveja proteção específica para o domicílio, prevê punição aos que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias:

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Em suma esses fatos históricos e declarações de direitos serviram para fixar pontos importantes que ainda hoje são compartilhados pelo Direito no ocidente.

Em primeiro lugar, definiu-se que mandados de busca e apreensão devem ser expedidos apenas por juízes.

Em segundo lugar, permitiu que, na ausência de mandado, seria exigida causa razoável – leitura *a contrario senso* da primeira cláusula da quarta emenda - para excepcionar a regra da inviolabilidade, sempre passível de controle judicial posterior e eventual responsabilização dos solicitantes, expedidores e executores de invasões ilegais no âmbitos

¹⁵ “But nothing in the amendment expressly forbids searches conducted without a warrant” (SCHULHOFER, 2012, p.36).

civil, administrativo e penal; e, em terceiro lugar, colocou em xeque a discricionariedade de autoridades executivas – policiais e autoridades tributárias, *verbi gratia*, para decidir quando entrar numa casa e quando não fazê-lo.

A similitude dessas características com a concepção contemporânea de inviolabilidade do domicílio é evidente e dialoga muito fortemente com o tema 280 fixado pelo STF no julgamento do RE 603.616/RO, como se verá mais tarde.

Atente-se, a propósito, que esses fatos e declarações ocorreram na segunda metade do século XVIII na Inglaterra e nos Estados Unidos, pouco antes da Revolução Americana. Logo depois, entretanto, a inviolabilidade do domicílio já estaria inscrita em declarações de direitos resultantes das Revoluções, ingressando no Direito brasileiro já na Constituição do Império de 1824.

Com efeito, a Constituição Imperial de 1824 previa que:

Todo o cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

Apesar da proteção expressa da inviolabilidade da casa na Constituição do Império de 1824, a expressão “inviolabilidade do domicílio” teria surgido apenas na Constituição belga de 1831. (SARLET, 2013).

No Brasil, todas as constituições sem exceção previram a inviolabilidade domiciliar.

Na Constituição republicana de 1891, esse direito aparecia com a seguinte redação:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

No texto fundamental de 1934 dizia-se:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

Nem mesmo a ditadura varguista suprimiu a inviolabilidade domiciliar; conquanto a previsse laconicamente, a constituição de 1937 garantia: “*a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei*”.

A Constituição de 1946, inspirada por renovados ares democráticos, retomou redação mais ampla e minuciosa prevendo que:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

O texto de 1967, sob a égide do regime militar, dizia:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

A subsequente redação constitucional decorrente da EC 1/69 estipulava:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

Por fim, a Constituição de 1988 prevê 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.

Já no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destaca-se que a inviolabilidade do domicílio tem semelhante previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, documentos internacionais de que o Brasil é signatário.

O artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos diz:

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

Em sentido muito próximo, o artigo 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 enuncia:

Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Os dois tratados internacionais preocupam-se evidentemente com o caráter arbitrário, abusivo ou ilegal que incursões no domicílio alheio podem assumir. Essa preocupação não se repete no texto constitucional, mas há boas razões hermenêuticas para acreditar na existência de um acoplamento entre o dispositivo constitucional e os dispositivos desses tratados, ratificados pelo Brasil. Tais razões serão mais à frente melhor expostas.

Em síntese, a partir dessa breve incursão histórica, pode-se concluir que a atual conformação do direito à inviolabilidade domiciliar, ao menos no sentido de liberdade pública hoje corrente, sofreu forte influência de tensões sociais tipicamente burguesas, surgidas na Inglaterra e depois reproduzidas no ambiente das 13 colônias da América do Norte.

Referidos conflitos catalisaram a Revolução Americana e foram causa direta da redação da quarta emenda, que protege cidadãos contra buscas e apreensões arbitrárias, bem como de mandados genéricos de busca e apreensão.

Vejamos agora uma questão terminológica, cuja definição é primordial.

2.2. Breve pausa explicativa

A abordagem dos aspectos históricos acima recuperados e discutidos criticamente, apesar de ser um passo importante em qualquer trabalho jurídico, revela-se aqui insuficiente. Este trabalho preocupa-se bem de perto com a questão da decidibilidade e, mais que isso, com a racionalidade dos argumentos empregados nessa prática.

É preciso continuar avançando e, para tanto, resolveremos no tópico 2.3 uma questão não apenas terminológica, mas metodológica. Por que trabalhar com o conceito de direitos fundamentais e não com o de direitos humanos?

Depois, deslocaremos as lentes de análise para a teoria do direito – tópicos 2.4 e 2.5 – e, logo em seguida, no tópico 2.7 para a hermenêutica constitucional.

No meio dessa transposição, veremos no tópico 2.6 de que maneira a doutrina tradicionalmente enfrenta no Brasil o direito à inviolabilidade domiciliar.

Cabe sublinhar ao leitor que, durante a pesquisa, foi identificada uma tensão doutrinária clara sobre o conceito de direitos fundamentais e sobre a função deles nas democracias.

Porém, ao que parece, não se trata de um verdadeiro embate ou de uma disputa sobre o sentido dos direitos fundamentais. Ao contrário, a aludida tensão parece decorrer das diferentes premissas adotadas pela teoria do direito e pela hermenêutica constitucional como pontos de partida.

Teoria do direito e hermenêutica constitucional, a propósito, são dois vastos campos dos saber jurídico. Por isso foi preciso fazer recortes a partir da escolha de autores significativos para informar o leitor a respeito dessa tensão.

Com essa declarada finalidade serão apresentados nos próximos tópicos os pensamentos sobre direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli, no plano da teoria do direito e, logo em seguida, de Robert Alexy no plano da hermenêutica constitucional. Nesse segundo plano terão grande destaque também as reflexões de Virgílio Afonso da Silva, discípulo de Alexy no Brasil.

Se direitos fundamentais formatam-se como “esfera do indecível” (FERRAJOLI, 2011), como podem ser restringidos por intermédio da ponderação (ALEXY, p.2015)? Além disso e principalmente: como se deve, enfim, pensar o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar?

2.3. Direitos humanos ou direitos fundamentais: opção metodológica pelo segundo enfoque

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são ramos jurídicos diferentes com abrangências epistemológicas¹⁶ igualmente distintas.

Os direitos humanos, sem pretensão de longa digressão teórica que o tema comportaria, “nascem na filosofia, tornam-se exigências políticas e, por vezes, ‘materializam-se’ em direitos positivos”. (PETERKE, 2009, p.88).

¹⁶ Conforme a lição de Maria Helena Diniz (1999, p.6), a epistemologia “tem a incumbência de estudar os pressupostos, os caracteres do objeto, o método do saber científico e de verificar suas relações e princípios. Nesse sentido a epistemologia jurídica é a teoria da ciência jurídica, tendo por objetivo investigar a estrutura da ciência, ou seja, visa o estudo dos problemas do objeto e método da ciência do direito, sua posição no quadro das ciências e suas relações com as ciências afins. [...] Logo, a epistemologia jurídica é a teoria da ciência do direito, um estudo sistemático dos pressupostos, objeto, método, natureza e validade do conhecimento jurídico-científico, verificando suas relações com as demais ciências, ou seja, sua situação no quadro geral do conhecimento”.

Para Walter Kalin e Jorg Kunzli (apud PETERKE, 2009, p.88-89) direitos humanos são “[...] a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional”.

Reconhece-se na doutrina que:

Os direitos essenciais do indivíduo contam com *ampla diversidade de termos e designações*: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. A terminologia varia tanto na doutrina quanto nos diplomas nacionais e internacionais. (RAMOS, 2015, p. 49).

Sem prejuízo da importância do conceito, do sentido histórico, das características¹⁷ e da proteção jurídica conferida pelos direitos humanos no plano interno e nos sistemas internacionais de proteção, o conceito de direitos fundamentais amolda melhor os interesses desta investigação.

Não se trata de desprezo ou demasiada simplificação, mas de opção metodológica. É sobre o conceito de direitos fundamentais que o Direito Constitucional constrói dogmaticamente o conceito analítico aqui perseguido, bem como a discussão ao redor da classificação das normas – princípios e regras - para solução de casos concretos.

O foco do trabalho sobre o conceito de direitos fundamentais em detrimento do conceito de direitos humanos é, desse modo, uma opção investigativa feita a partir da necessidade de atingir no campo normativo do método pluridimensional adotado uma estratégia de racionalidade e uma técnica de elaboração de constrangimentos argumentativos, ambos necessários ao aprofundamento da experiência democrática.

Antes de concentrar esforços unicamente sobre o conceito de direitos fundamentais é importante ainda sublinhar que a distinção “fraca” entre direitos humanos e direitos fundamentais, conforme sua existência exclusiva no âmbito internacional ou no âmbito interno de determinado Estado¹⁸, não é o que move a opção metodológica feita neste estudo, ou seja, não se almeja apenas um estudo específico das características da inviolabilidade do domicílio no direito interno brasileiro.

Como anunciado anteriormente, será perseguido um conceito analítico construído a partir da síntese do art. 5º, XI, da Constituição brasileira com as previsões específicas do Pacto

¹⁷ Inerência, universalidade, transnacionalidade, indivisibilidade e interdependência são características dos direitos fundamentais. (WEIS, 2006).

¹⁸ Conforme comentário de André de Carvalho Ramos (2015, p.50): “Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os “*direitos humanos*” servem para definir os direitos estabelecidos pelo *Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais* sobre a matéria, enquanto a expressão “*direitos fundamentais*” delimitaria aqueles direitos *reconhecidos e positivados* pelo *Direito Constitucional* de um Estado específico.

de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que, antes de representar a simples interação de um direito fundamental positivado com dois direitos humanos previstos em tratados, significa a elaboração de um conceito teórico mais abrangente à luz do que esses dispositivos, independentemente de suas posições topográficas em tratados internacionais ou na Constituição, representam no quadro da teoria geral dos direitos fundamentais.

2.4. O conceito de direitos fundamentais para a teoria do direito, segundo Luigi Ferrajoli

Os direitos fundamentais não se confinam apenas no âmbito das especificidades de dado ordenamento jurídico, como se só pudessem ser conhecidos e definidos pelo estudo do direito positivo deste ou daquele país. Podem ser definidos, ao contrário, no plano teórico do Direito, independente de legislações existentes ou não.

Como frutos da concepção burguesa de liberdade, os direitos fundamentais estão imersos na experiência histórica, democrática e constitucional dos países do ocidente de um modo geral e adquirem assim um horizonte de sentido universal, ou, no mínimo, com pretensão de universalidade.

Direitos fundamentais influenciam e se deixam influenciar pelas especificidades de cada ordenamento jurídico, mas estão além do regramento jurídico específico de um dado país.

Assim, embora possam existir tantas teorias de direitos fundamentais quantas sejam as constituições ao redor do globo terrestre, é possível enunciar uma definição universal de direitos fundamentais, independente das características de uma dada constituição.

Para Luigi Ferrajoli (2011), essa tarefa de enunciação é um objetivo que apenas a teoria do direito pode atingir; a análise de seu pensamento auxiliará a descortinar o enfoque deste estudo.

Referido autor, situando-se no campo da teoria do direito e partindo de uma concepção exclusivamente formal-estruturante, define direitos fundamentais como “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa capaz de agir”. (FERRAJOLI, 2011, p.9).

Nessa definição, “direito subjetivo” é uma expectativa positiva ou negativa atribuída a um sujeito por uma norma jurídica e “status”, por seu turno, a condição atribuída a um sujeito por uma norma que lhe confere idoneidade para gozar direitos (FERRAJOLI, 2011).

Trata-se, como visto, de uma definição destinada a ter valor universal, independente de concretos sistemas jurídicos ou da experiência constitucional moderna.

Esse conceito, enunciado pela primeira vez por Ferrajoli no texto “direitos fundamentais” de 1988 foi objeto de severas críticas.

Com efeito, entre os anos de 1998 e 2000, Luigi Ferrajoli travou um profundo debate na revista italiana “Teoria Política” com L. Bacelli, M. Bovero, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale e D. Zolo a partir do texto “direitos fundamentais”.

Na conclusão desse debate, que ficou marcado pelas tensões metodológicas dos autores, Ferrajoli explica que outras abordagens jurídicas permitem dar resposta a outros tipos de questionamentos, mas não são aptas a explicar “o que são direitos fundamentais”, algo que somente a teoria do direito poderia dizer.

Assim, quando se pergunta: “Quais são os direitos fundamentais” a resposta mais precisa será dogmática e empírica, de tipo assertivo, sendo fornecida pela ciência jurídica positiva. A filosofia política e da justiça, por seu turno, é mais apta para responder sob uma perspectiva deontológica e axiológica, de tipo normativo, “quais devem ser” os direitos fundamentais. Por fim, nem a teoria do direito, nem a dogmática, nem a filosofia política e da justiça são capazes de responder com a precisão da sociologia do direito aspectos realistas como “que direitos, por quais razões, por intermédio de quais procedimentos e com que grau de efetividade são de fato direitos garantidos como fundamentais”. (FERRAJOLI, 2001).

Seguindo a lógica formal-estrutural de enunciação dos direitos fundamentais de Ferrajoli (2001), portanto, não podem ser confundidos os planos de análise sobre “o que são” (teoria do direito), “quais são” (direito positivo), “quais devem ser” (filosofia política e da justiça) e “quais são de fato e sob quais condições concretas” (sociologia do direito) os direitos fundamentais.

Cabe indagar a partir desse ponto que sentido pode ter esse conceito formal-estruturante, bem como as teses axiológicas desenvolvidas a partir dele, no quadro geral de compreensão dos direitos fundamentais.

2.5. Justificações ético-políticas dos direitos fundamentais a partir do conceito universal da teoria do direito

Depois de enunciar o conceito formal-estrutural de direitos fundamentais como todos aqueles direitos universais e indisponíveis atribuídos aos indivíduos que tenham ao menos um dos seguintes status: pessoa, cidadania ou capacidade de agir, Ferrajoli elaborou no texto “direitos fundamentais” quatro teses de conteúdo axiológico que seriam “essenciais a uma teoria da democracia constitucional” (FERRAJOLI, 2011).

Em linhas muito gerais, as quatro teses podem ser sinteticamente resumidas da seguinte forma: a primeira tese diferencia a estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; a segunda tese anuncia os direitos fundamentais como a “dimensão substancial da democracia”; a terceira configura os direitos fundamentais como direitos supranacionais e, portanto, vocacionados a proteger com primazia o status de pessoas em detrimento do status de cidadania e; por fim, a quarta tese afirma que o nexo entre direitos fundamentais e suas garantias não é empírico, mas normativo (FERRAJOLI, 2011).

Das quatro teses, a segunda e a quarta dialogam intensamente com o escopo deste trabalho, pois elas dão sentido ético político aos direitos fundamentais em geral e à inviolabilidade do domicílio em particular.

Sobre a relação entre direitos fundamentais e democracia substancial, o autor afirma que os direitos fundamentais estabelecem a “esfera do indecível”: “do *não decidível que*, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do *não decidível que não*, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais”. (FERRAJOLI, 2011).

Essa “esfera do indecível” seria um paradigma da democracia constitucional que sujeita o direito ao próprio direito a partir da dissociação entre vigor e validade.

Embora vigentes, certas normas podem não ser válidas, fato que representa um sistema de vínculos e limites ao próprio Estado, supraordenados a ele próprio, destacando-se que esse giro já não prevê apenas “direitos do Estado” ou “para o “Estado” ou no “interesse do Estado”, “mas em direção a, e, se necessário, contra, o Estado, ou seja, contra os poderes públicos, sejam eles democráticos ou de maioria”. (FERRAJOLI, 2011).

Noutro prisma, a tese axiológica, que estabelece um vínculo normativo e não meramente empírico entre direitos fundamentais e de garantia, é de suma importância, pois, sendo normativo o vínculo, as garantias são sempre existentes, não sendo caso de frustrar um

direito fundamental por falta de condições jurídicas e fáticas ideais de asseguarção ou mesmo de enunciados normativos configuradores de garantias.

Assim, convém aprofundar a explicação com as palavras do próprio autor (FERRAJOLI, 2011, p. 40-41):

A consequência dessa distinção entre direitos e garantias é de enorme importância, não somente em nível teórico, mas também em nível metateórico. Sobre o plano teórico, essa distinção comporta a afirmação de que o nexo entre expectativas e garantias não é um nexo empírico, mas um nexo normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, então, a ausência de garantias deve ser considerada como uma indevida lacuna, a qual é obrigação dos poderes públicos, internos e internacionais, completar; assim, como as violações dos direitos por obra dos poderes públicos contra os seus cidadãos devem ser concebidas como indevidas antinomias, as quais é obrigatório sancionar como atos ilícitos ou anular como atos inválidos.

Em acréscimo, sobre a realizabilidade dessas garantias, considera que:

[...]existe uma diferença abissal entre norma e realidade, que deve ser colmatada ou, quando menos, reduzida enquanto fonte de deslegitimação não somente política, mas também jurídica, dos nossos ordenamentos. (FERRAJOLI, 2011, p.41).

Essa guinada do plano formal-estruturante, de nítida pretensão neutra e avalorativa¹⁹, para o campo axiológico, ético político, teve sua pertinência questionada por Ermanno Vitale no debate da revista “Teoria Politica”.

No texto “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*” (2001)²⁰, Ferrajoli oferece resposta a Vitale explicando que o fundamento teórico da definição de direitos fundamentais não tem nenhuma outra especificidade e que o verdadeiro problema, alocado na filosofia política e da justiça, é o dos fundamentos axiológicos, ético políticos, dos direitos fundamentais, que se expressam na pergunta: “quais devem ser os direitos fundamentais?”.

Os pontos de partida para responder a essa pergunta, segundo o autor, são dois e levam em conta: 1. O valor da pessoa humana entendida como fim e nunca como meio, segundo uma declarada base moral kantiana de pessoa e; 2. A experiência histórica do constitucionalismo democrático.

Partindo dessas premissas, Ferrajoli enuncia na resposta quatro nexos axiológicos que reforçam as quatro teses do texto base de toda a discussão: 1) o nexo entre direitos

¹⁹ Conforme o próprio Ferrajoli (2011, p.10): [...] a nossa definição é uma definição formal ou estrutural no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais e se baseia unicamente sobre o caráter universal da sua imputação: compreendido “universal” no sentido puramente lógico e avalorativo da qualificação universal da classe de sujeitos que deles são titulares.

²⁰ O ponto da citação indireta pode ser melhor localizado no trecho entre as páginas 287-381).

fundamentais e igualdade; 2) o nexó entre direitos fundamentais e democracia; 3) o nexó entre direitos fundamentais e paz; e 4) o papel dos direitos fundamentais como leis de proteção dos mais fracos (débeis).

Esses quatro novos nexos reforçam mais uma vez a aptidão do conceito formal como ponto de partida para a enunciação dos sentidos ético políticos dos direitos fundamentais.

Em suma e como marco desta apresentação deve ficar claro que entre um conceito formal-estrutural e a enunciação de teses valorativas existe, segundo Ferrajoli, uma relação de racionalidade instrumental.

Deveras, no texto de professor italiano a definição formal-estrutural é a que melhor permite a consecução dos valores ético políticos dos direitos fundamentais. Trata-se, pois, da técnica racionalmente idônea para a proteção desses valores.

Nesse sentido, portanto, fixa-se com amparo no pensamento de Ferrajoli a ideia de que a elaboração de definições formais, estruturais e, porque não dizer, analíticas é uma técnica racionalmente idônea para a proteção de valores assentados no Estado Democrático de Direito.

2.5.1. O problema da perspectiva formal-estruturante em sua relação com a democracia substancial

Apesar da notável força propulsora do conceito formal de direitos fundamentais para a enunciação de valores ético políticos, o conceito em si de direitos fundamentais como “esfera do indecível” parece oferecer poucos subsídios no momento decisório de efetivo equacionamento de conflitos concretos.

Se direitos fundamentais são indecíveis e se o nexó normativo entre direito e garantia impede frustrar um direito fundamental por falta de condições jurídicas e fáticas ideais de asseguarção, o que fazer quando dois ou mais direitos fundamentais estiverem em conflito num dado caso concreto?

No caso de violações de domicílio para procurar drogas, por exemplo, muito pouco parece poder ser construído em termos de constrangimentos argumentativos com mera invocação da natureza universal e indisponível desse direito ou com a argumentação do objetivo da norma de proteger o status de pessoa do destinatário da norma.

De fato, se a definição oferecida pela teoria do direito é um ponto de partida para a compreensão da estrutura formal desses direitos e, como visto, para a enunciação dos nexos

axiológicos desses mesmos direitos com o Estado de Direito e a democracia, é no conceito analítico dos direitos fundamentais construído nos estudos dogmáticos de direito constitucional que se encontram os vetores mais claros de racionalização de decisões judiciais.

Aqui o trabalho aproxima-se definitivamente do marco teórico da dogmática constitucional e da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2015).

A construção teórica do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio no direito positivo brasileiro será doravante elaborada seguindo os trilhos metodológicos seguidos por Alexy, segundo as três dimensões da dogmática jurídica: analítica, empírica e normativa.

As dimensões empírica e normativa ficarão reservadas para etapas futuras deste estudo, cabendo aqui formular a “dissecção sistemático-conceitual” (ALEXY, 2015, p. 33) do direito à inviolabilidade do domicílio.

Antes, porém, vejamos de que maneira a doutrina, via de regra, faz essa dissecção sistemático-conceitual.

2.6. O conceito da inviolabilidade do domicílio na doutrina brasileira em geral

Boa parte da doutrina no Brasil comenta a inviolabilidade do domicílio a partir da redação do enunciado normativo do art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, valendo-se apenas de métodos tradicionais de interpretação, tais como o gramatical, o teleológico e o sistemático. Para além disso, avança muito pouco.

Nota-se também que a dissecção conceitual raramente ultrapassa o próprio texto, ou, quando muito, acopla essa análise textual a considerações de natureza ético-política, sem contudo preocupar-se com a elaboração de categorias analíticas ou dogmáticas (suporte fático, âmbito de proteção, restrições e conteúdo essencial).

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2014), isso pode ser explicado pela tradição do direito constitucional brasileiro, especialmente antes da constituição de 1988, de ser um direito constitucional de organização estatal, ocupado primordialmente com a divisão espacial e orgânica de poder e apenas subsidiariamente com a temática dos direitos fundamentais. Além disso, o método de trabalho analítico ainda seria pouco empregado pelos constitucionalistas brasileiros.

José Afonso da Silva (2001), por exemplo, amparado em lição precedente de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999), enxerga a inviolabilidade do domicílio como forma

de direito à segurança pessoal destinado à garantia dos direitos individuais à privacidade, à intimidade e à vida privada.

Um ponto interessante desse seu enfoque, pouquíssimo estudado, citado ou reconhecido na jurisprudência, mas que é digno de destaque, consiste no fato de a segurança instrumentalizada no art. 5º, XI, da CRFB dirigir-se à proteção do morador, no sentido de ninguém poder penetrar na casa sem seu consentimento.

Essa verdadeira premissa – a inviolabilidade como segurança – faria com que as restrições diretamente constitucionais “flagrante”, “desastre” ou “socorro” só pudessem ser utilizadas em favor do único destinatário da proteção, que é o indivíduo, jamais o Estado.

Nesse exato sentido:

A segurança aparelhada no dispositivo consiste na proibição de na casa penetrar sem consentimento do morador, a não ser *em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial*. Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da Justiça apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime. (SILVA, 2001, p.439-440)

Digno de nota ainda, no trecho transcrito, que apenas durante o dia e com mandado é que referido autor admite a restrição ao interesse da Justiça.

Olvidando essa regra, todavia, a jurisprudência reiteradamente interpreta a cláusula restritiva “flagrante delito” do art. 5º, XI, da CRFB como elemento que desnatura em termos absoluto a proteção da inviolabilidade de domicílio.

Apesar da lição de José Afonso da Silva (2001) de que a restrição “flagrante delito” opera em favor do próprio titular – v.g. para pô-lo a salvo de um assaltante que o faça refém -, sabe-se que a jurisprudência maneja essa restrição em favor da persecução penal; de práticas investigativas que chegam às raias da legalidade.

Logo, embora se trata de um dos autores mais tradicionais do Direito Constitucional brasileiro, sua conclusão sobre o sentido político desse direito vem sendo solenemente ignorada: “a proteção dirige-se basicamente contra as autoridades. Visa impedir que estas invadam o lar” (SILVA, 2001, p.440).

Destaca-se ainda nas lições do mesmo autor a preocupação doutrinária de promover a dissecação do enunciado normativo, esclarecendo o sentido e o alcance de expressões como “dia”, “domicílio”, “casa”. Essa é uma tendência de boa parte da doutrina, reveladora de um enfoque estático, que estuda cada direito fundamental de *per se* e não em sua interação dinâmica com outros direitos fundamentais em um dado caso concreto, metodologia que, como se verá

mais adiante, é a predominantemente utilizada por constitucionalistas de orientação pós-positivista.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999) dedica apenas onze linhas ao estudo desse mesmo direito. Não faz distinções ou esclarecimentos terminológicos. Enuncia-o como direito à segurança pessoal, equipara a expressão domicílio ao termo “residência” e considera que houve proteção mais forte em relação à violação durante a noite, mediante hipóteses taxativas – flagrante, desastre ou socorro -ao passo que, durante o dia, teria deixado o legislador constituinte espaço para outras restrições ao talante do legislador infraconstitucional.

Outra análise digna de nota nesse enfoque estático é a que foi feita por Cleunice Bastos Pitombo (2005) como pressuposto de seu percuciente estudo monográfico sobre a busca e apreensão no processo penal brasileiro.

Destaca Pitombo que “casa” e “domicílio” são expressões utilizadas de modo aleatório e, em regra, com sentido idêntico, indicando para reforço dessa afirmação os artigos 5º, XI, da CRFB, 150 do CP, 240 e 246 do CPP, além de disposições de idêntico teor no CPP militar e no Código Civil. Destaca-se nesse sentido que o art. 5º, XI, da CRFB emprega o vocábulo “casa”.

Admite ainda Pitombo (2005) com arrimo em Pontes de Miranda que o conceito de casa é amplo e abarca, via de regra, hipóteses previstas no art. 150 do Código Penal - CP: locais como qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

No mesmo diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet (2013) afirma que as expressões “casa” e “domicílio” devem ser lidas com equivalência diante do texto constitucional, encontrando motivos no direitos comparado e no sentido político da proteção:

[...] pois a proteção do domicílio, em que pese alguma variação encontrada no direito comparado no que diz com sua amplitude e eventuais pressupostos para sua restrição, é tomada em sentido amplo e não guarda relação necessária com a propriedade, mas, sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais. (SARLET, 2013, p. 547)

Buscando inventariar os sentidos possíveis do que é de fato protegido pelo direito fundamental à inviolabilidade do domicílio no direitos brasileiro, Cleunice Bastos Pitombo conclui que a expressão “casa”, objeto de proteção constitucional e legal, abrange o seguinte rol (casuístico):

(a) a habitação definitiva, ou morada transitória; (b) casa própria, alugada, ou cedida; (c) dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas, ou muradas; (d) qualquer compartimento habitado; (e) aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis e em casas de pousada; (f) estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; (g) local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; (h) barco, trailer, cabine de trem ou navio e barraca de acampamento; (i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal. (PITOMBO, 2005, p.72).

Alude ainda a mesma autora que: “já a forma procedimental para a entrada em casa alheia encontra-se no Código de Processo Penal” referindo-se claramente aos artigos 245 e 246 do CPP. (PITOMBO, 2005, p.68).

Este é, sem dúvida, outro ponto de tensão identificado entre a jurisprudência e a doutrina. Assim como a jurisprudência não acolhe a lição de José Afonso da Silva de que a cláusula restritiva “flagrante” não resguarda diretamente interesses da persecução penal, senão do próprio indivíduo, também aqui quanto à lição da forma(lidade) procedimental, se a ignora solenemente, em regra, nos casos de crimes permanentes, sob a alegação de que a efetiva localização de objetos ilícitos na casa invadida teria a eficácia de convalidar vícios iniciais de forma relativos ao modo ilegal de ingresso na residência.

Sobre a titularidade da inviolabilidade domiciliar, a doutrina reconhece que ela é ampla, podendo ser reconhecida em favor de pessoas físicas e jurídicas.

Como já se ressaltou alhures, conforme a lição de IngoWolfgang Sarlet (2013), não há vínculo direto do direito em estudo com a propriedade – estando antes ligado à segurança e proteção dos direitos à intimidade e à vida privada -; portanto, a proteção estende-se a quem não for proprietário do local, como ocorre, por exemplo, em quartos de hotel ou barracas de camping.

Havendo multiplicidade de habitantes no mesmo espaço, há de se reconhecer que o direito à inviolabilidade se estende a cada um dos moradores ou ocupantes devido à natureza de direito individual. Contudo, há casos limítrofes em que a jurisprudência considerou suficiente a autorização do proprietário ou do chefe da residência.

No que diz respeito às pessoas jurídicas cabe refletir se a proteção tem a mesma extensão garantidas às pessoas físicas, por se tratar de direito ligado ao resguardo da privacidade e da intimidade. Segundo Sarlet (2013), que cita lições de Vidal Moreira e Maria Luisa Balaguer Callejón, a proteção ficaria limitada aos centros de direção da sociedade, arquivos e locais de guarda de documentos e outros bens de interesse da empresa.

Quanto aos destinatários, para além da conclusão de José Afonso da Silva de que se trata primordialmente de um obstáculo à intervenção do Estado e de seus agentes, não se pode negar eficácia horizontal para atingir também terceiros, que ficam igualmente obrigados

a respeitar a inviolabilidade domiciliar, inclusive ante a possibilidade de caracterização de ilícito penal (art. 150, CP).

Sobre o consentimento, há de ser prévio, livre e inequívoco. Sua forma mais comum e inquestionável é, sem dúvida, a forma expressa, mas a doutrina brasileira admite a possibilidade de consentimento tácito.

Tratando-se de direito fundamental destinado a impedir abusos estatais, o mais correto seria exigir, todavia, que o consentimento fosse sempre expresso, preferencialmente documentado por escrito ou mesmo gravado com uso de câmeras celulares ou outros recursos tecnológicos, hoje amplamente disponíveis e acessíveis.

Isso tornaria desnecessária a usual estratégia de se perguntar em juízo ao titular do direito e aos policiais – eventualmente suspeitos de violação – acerca do consentimento.

Vale sublinhar que, no direito espanhol, já se discutiu sobre os critérios para validação do consentimento do morador.

A esse respeito, Aury Lopes Júnior (2007, p.709) considera que: “outra situação interessante surge quando o consentimento é dado por alguém que está submetido a uma prisão cautelar (seja ela temporária ou preventiva)”.

À luz dessa hipótese, noticia o doutrinador uma decisão do Tribunal Supremo da Espanha, proferida em 13 de junho de 1992:

[...] o problema radica em saber se um detido ou preso, está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis*...e dizemos *sui generis* porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula convite ou pedido de autorização para realizar a busca com consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental. (LOPES JÚNIOR, 2012, p.709).

Destaca-se que preocupação semelhante está completamente à margem do que hoje, no Brasil, considera-se importante discutir em julgamentos envolvendo a alegação defensiva de violação de domicílio. Esse fator parece indicar, por si só, a necessidade de aprofundamento da questão em sede doutrinária e jurisprudencial.

No que diz respeito às intervenções, nota-se que à inviolabilidade com regra, previu o legislador constitucional como exceções: durante o dia, a determinação judicial e a qualquer momento em caso de flagrante, desastre e socorro.

São dois os critérios usuais para definição jurídica de dia: um temporal, situa o conceito no período compreendido entre as 6 e as 18 horas, outro físico-astronômico compreende o dia como o interregno que se dá entre a aurora e o crepúsculo. (MORAES, 1999).

A determinação judicial consubstancia-se em mandado, expedido de conformidade com as regras processuais da busca e apreensão.

Por flagrante, para os fins deste capítulo, deve-se entender a certeza visual do crime e também as hipóteses de flagrante próprio, impróprio e permanente, previstas nos artigos 302 e 303 do CPP. No próximo capítulo, haverá digressão mais aprofundada sobre o flagrante e suas implicações no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Ponto que cabe aqui considerar é saber se existiria alguma relação entre os operadores “flagrante”, “desastre” e “socorro” ou se, pelo contrário, tratar-se-ia apenas de uma ordenação aleatória e desproposita de hipóteses feita pelo constituinte.

Segundo Claudio do Prado Amaral (2012) desastre e socorro seriam situações nitidamente emergenciais que irradiam sentido para a interpretação da expressão flagrante.

Logo, nem toda hipótese de flagrante conhecida no direito brasileiro, especialmente o caso de flagrante permanente, estaria albergada como fundamento idôneo de restrição.

Para não aprofundar a discussão futura deste trabalho, adianta-se, por oportuno, que, segundo Amaral (2012), apenas as modalidades de flagrante próprio estariam contempladas como restrição constitucionalmente admissível, afastando-se, por conseguinte, as hipóteses de flagrante impróprio e de flagrante de crime permanente, passíveis, como se verá de sopesamento constitucional.

Nesse sentido:

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 consumir-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. (2012, p. 182).

Essa posição de Amaral, atingida declaradamente sob as premissas hermenêuticas do método “científico-espiritual” de Rudolf Smend e do método interpretativo de concretização, - embora mais garantista e indicadora de uma problemática processual sequer percebida por setores tradicionais da doutrina constitucional -, diverge, por exemplo, da posição de Sarlet, que não descarta a hipótese de crime permanente como justificativa válida de restrição, assim como da posição firmada pelo STF no julgamento do recurso extraordinário 603.616/RO.

Adianta-se, com isso, que a compreensão dos direitos fundamentais em geral e do direito à inviolabilidade domiciliar em particular enriquece-se quando caminha no sentido de ir além dos métodos positivistas clássicos de interpretação.

À guisa de fechamento deste tópico destaca-se que os enfoques apresentados são todos voltados à interpretação isolada do próprio direito à inviolabilidade do domicílio, numa posição que denominamos por isso de estática. No próximo tópico, será apresentada uma metodologia diferente de análise, típica do pós-positivismo, que busca construir categorias analíticas úteis para a solução de caso concretos envolvendo colisão de direitos fundamentais, um enfoque dinâmico, portanto.

2.7. Esforço de enunciação de um conceito analítico do direito à inviolabilidade do domicílio

2.7.1. A virada principiológica

O destaque nos aspectos ético políticos da proteção do domicílio e a interpretação de suas expressões conforme os métodos clássicos de interpretação gramatical, histórica teleológica e sistemática são opções metodológicas importantes, porém insuficientes.

Insuficientes porque privilegiam apenas uma perspectiva estática, pouco útil quando estiver em questão sua colisão com direitos fundamentais de mesma dignidade.

A análise do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, em suma, quase nunca estará isolada no julgamento de um caso concreto. Ao contrário, estará invariavelmente em disputa com outros direitos fundamentais. Quando, por exemplo, a polícia militar invade uma casa em busca de drogas ou armas e as localiza, o Estado, em juízo, dirá, e quase sempre

diz, que a intervenção era constitucionalmente justificada porque a ocultação, a guarda a manutenção em depósito de drogas e armas são hipóteses de crimes permanentes cuja situação flagrancial se protraí no tempo. A intervenção estaria assim justificada, inclusive com amparo no direito constitucional à segurança pública que ostenta, *prima facie*, o mesmo grau de dignidade.

A defesa, em regra, alegará, por sua vez, que a constatação do flagrante – cláusula restritiva prevista diretamente no art. 5º, XI, da CRFB -, deveria existir no momento do ingresso e não após, pois, sem consentimento prévio ou sem certeza visual do crime, a prova ao final obtida estará contaminada por ilicitude.

Nesse conflito, para fins de elucidação de qual o critério de justiça a ser adotado no caso concreto, pouca serventia terão isoladamente as considerações históricas e ético-políticas da inviolabilidade domiciliar e do direito à segurança pública, tampouco o sentido depurado, unívoco das expressões de cada enunciado normativo.

Ao contrário, a solução será encontrada, segundo as premissas teóricas deste trabalho, no sopesamento das circunstâncias fáticas e jurídicas implicadas em cada caso concreto. É nítido que um critério assim está orientado para a práxis, sendo essa uma característica que não é predominante no jusnaturalismo e no positivismo, ao menos em sua versão legalista²¹.

Levando em conta a inviolabilidade domiciliar e a inadmissibilidade de provas ilícitas, direitos fundamentais expressos na Constituição brasileira, a perspectiva teórica ora adotada encontra respaldo na constatação feita por Rogall (apud ANDRADE, 2013, p.114):

[...] temos de abrir mão da representação de que as proibições de prova constituem grandezas constantes. Pelo contrário, só a consideração directa do caso concreto nos permitirá indagar do alcance de cada uma das proibições de prova ou de valoração de prova. Tendo por isso, de estar preparados para desembocar em resultados divergentes.

Exatamente por isso, tratando das proibições de prova, Manuel da Costa Andrade (2013, p.115) reconhece que:

²¹Embora estejamos trabalhando no nível teórico de um pensador como Alexy, que propõe críticas ao positivismo, inclusive prevendo a insuficiência da legalidade conforme o ordenamento como critério único para o conceito de Direito (2009), não estamos aqui aderindo a uma refutação ampla do positivismo, postura comum no discurso acadêmico brasileiro. Cremos que o positivismo não pode ser ingênua ou ideologicamente reduzido à caricatura do legalismo típico da escola exegética francesa ou dos pandectistas alemães; seu corpo teórico é muito desenvolvido e denso para reduções desse tipo. Embora não seja objeto deste trabalho, cabe consignar que não aderimos às críticas genéricas comumente feitas nos Brasil a Kelsen ou a Hart, cujas obras são dignas de respeito.

O direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto. [...] Acresce que só a partir do caso concreto e em resposta ao caso concreto se poderá actualizar o sentido normativo de princípios operativos como a ponderação de interesses e a proporcionalidade, se e na medida em que hajam de ser pertinentemente invocados. A própria emergência e desenvolvimento do direito das proibições de prova estão intimamente associados ao tratamento de casos concretos, ou, pelo menos, das constelações típicas com maior presença na experiência jurisprudencial

Logo, daqui em diante, consideraremos uma perspectiva pós-positivista de análise dos direitos fundamentais, que leva em conta a natureza de princípio da norma contida no art. 5º, XI, da CRFB.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2016, p.380-381):

Na literatura jurídica brasileira, a “virada” principiológica deu-se a partir da década de 90, com a recepção das lições sobre princípios, nem sempre bem compreendidas, de dois grandes filósofos do Direito contemporâneo – Ronald Dworkin e Robert Alexy -, que buscaram traçar diferenças qualitativas e não meramente quantitativas entre estas espécies normativas. [...] Antes disso, já havia, é certo, autores nacionais que atribuíam um papel relevante para os princípios nas suas obras. Mas foi a partir da década de 1990 que o tema dos princípios constitucionais tornou-se quase uma obsessão da teoria jurídica brasileira.

Referida “virada” ou giro principiológico seria a terceira etapa de uma trajetória histórica iniciada com a predominância do jusnaturalismo e depois do positivismo, correntes que reconheciam valor aos princípios, ora como elementos imanes, orientadores (jusnaturalismo), ora como elementos de integração de lacunas do Direito, mas nunca como normas (positivismo legalista); uma e outra negavam, portanto, caráter propriamente normativo aos princípios.

Apenas no pós-positivismo, destacadamente no pós-Guerra, é que, segundo Paulo Bonavides, citado por Neto e Sarmento (2016, p.379), “acentuar-se-ia a ‘hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.’”

2.7.2. A enunciação de categorias analíticas para os direitos fundamentais

Perceba-se, pois, que a doutrina constitucional contemporânea, partindo da teoria dos princípios, trabalha, assim, via de regra, com as categorias analíticas de “suporte fático”,

“âmbito de proteção”, “restrições” e “conteúdo essencial”, assim como com métodos hermenêuticos diferentes dos clássicos quando aborda o tema dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma postura doutrinária diametralmente oposta à tradicionalmente praticada no Brasil.

Embora tais conceitos ainda não estejam solidificados, tampouco pacificados na doutrina estrangeira e especialmente no Brasil, é possível trabalhá-los a partir de uma dada opção teórica.

Como já esclarecido alhures, trabalharemos desde a perspectiva de Robert Alexy e de Virgílio Afonso da Silva, dada a relativa consagração do pensamento do primeiro autor no plano global, assim como pelas reflexões que o segundo traz para a doutrina brasileira a partir do modelo teórico do pensador alemão.

Essa não é a única perspectiva de hermenêutica constitucional, tampouco advoga-se em favor dela qualquer pretensão de verdade irrefutável. Pelo contrário, Alexy e Virgílio Afonso da Silva são frequentemente criticados mas, acerca dessas críticas, não nos ocuparemos aqui. Não se trata de esconder a crítica, mas de concentração do esforço na compreensão de um modelo teórico específico.

Deve ficar claro, desde já, que admite-se como adequado aos direitos fundamentais, na perspectiva de análise declarada, um suporte fático amplo e a adoção da teoria externa dos limites, aspectos que serão doravante explicados.

Sempre que necessário, porém, serão noticiadas e estabelecidas as distinções teóricas mais importantes, especialmente as ideias de suporte fático restrito e restrições concebidas à luz da teoria interna, cujo principal expoente no direito constitucional é Friedrich Muller.

Destaca-se, ademais, que essa vertente de Muller encontra maior ressonância na jurisprudência brasileira, não estando, porém, imune a críticas, muitas das quais embasam a opção pela outra vertente.

Suporte fático e restrições são, tenha-se claro, discussões indissociáveis no plano da teoria dos direitos fundamentais de cunho constitucional; são reflexões que nutrem-se e que iluminam-se mutuamente, contribuindo essa interação dialética para a construção de categorias dogmáticas aqui perseguidas.

Vejam, assim, em linhas gerais, as discussões que orbitam cada uma dessas categorias analíticas, depois, buscaremos agrupá-las na tentativa de construir um conceito analítico da inviolabilidade do domicílio no direito brasileiro.

Esse esforço auxiliará na compreensão da proteção constitucional e internacional, assim como, mais tarde, subsidiará a análise do tema 280, definido pelo STF no julgamento do RE 603.616/RO.

2.7.3. A teoria dos princípios como ponto de partida

Sem pretensão de inventariar a história dos princípios no Direito (ocidental), é importante destacar que partiremos, desde já, por opção metodológica, do conceito de “princípio” forjado pelo pós-positivismo. Afastam-se as concepções jusnaturalistas e positivistas, sublinhando-se que, no pós-positivismo, os princípios são dotados de normatividade, algo essencial para a argumentação aqui desenvolvida.

Conforme Luis Roberto Barroso (2010), o jusnaturalismo moderno – “moderno” no sentido de deslocamento das justificações teológicas e metafísicas dos direitos para o campo da racionalidade – “trunfo da burguesia” e “combustível das revoluções liberais” teve início no século XVI e alcançou seu apogeu ao longo do século XIX, declinando, porém, de maneira gradativa por não conseguir superar traços metafísicos e déficits de cientificidade.

O positivismo por seu turno apostou desde sempre no poder do conhecimento científico e, no plano jurídico, pela necessidade de igual cientifização do Direito a partir das mesmas premissas metodológicas das ciências exatas e naturais. Decaindo progressivamente ao mesmo tempo em que esvaíam-se o fascismo italiano e o nazismo germânico – regimes que se valeram de concepções positivistas de norma dissociada de valores éticos ou morais – ao final da II Guerra Mundial “a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, em embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido” (BARROSO, 2010).

Segundo essa lógica, com a fragilização paulatina do jusnaturalismo e do positivismo, o pós-positivismo emerge como proposta que, ainda conforme Barroso (2010, p.352):

[...] é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

A concepção pós-positivista dos princípios está situada no marco teórico mais amplo da jurisprudência dos valores. Como assevera Paulo Bonavides (2015), a “jurisprudência dos valores” é a mesma “jurisprudência dos princípios”, intimamente relacionada à “jurisprudência dos problemas” que:

Forma a espinha dorsal da Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo e da teoria material da Constituição. Fornece, por isso mesmo, os critérios e meios interpretativos de que se necessita para um mais amplo acesso à tríade normativa – regra, princípio e valor – que tanta importância possui para penetrar e sondar o sentido e a direção que o Direito Constitucional toma tocante à aplicabilidade imediata de seus preceitos. (BONAVIDES, 2015, p.290).

Princípios e regras são normas, portanto. Normas expressam as modalidades deônticas básicas do dever, da proibição e da permissão e não se confundem com enunciado normativo, também chamado de “dispositivo” ou “disposição”.

Alexy (2015, p.53) finca essa premissa distintiva da maneira mais clara possível: *“O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo”*.

No Brasil, em “Teoria dos princípios”, Humberto Ávila (2015) começa toda sua construção teórica partindo igualmente dessa distinção entre normas e enunciados normativos ou dispositivos:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. (ÁVILA, 2015, p.50).

Assim, note-se que princípios e regras são normas e não enunciados normativos.

O extenso rol dos direitos fundamentais previstos, por exemplo, no artigo 5º da CRFB é composto de inúmeros dispositivos ou enunciados normativos, mas não de normas, que só serão enunciadas por intérpretes.

As normas são o resultado da interpretação de cada dispositivo e n.

Assim, v.g., a inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, XI, da CRFB é um enunciado; apenas sua interpretação conduz à enunciação de uma norma, cuja estrutura pode ser de princípio ou de regra.

Os critérios para enunciação de uma norma como princípio ou como regra devem ser buscados no nível da norma e não no nível do enunciado.

Conforme a observação de Alexy (2015, p.54):

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo.

Grosso modo, a norma não é extraída da mera análise morfológica ou sintática do enunciado, mas a partir da interpretação mais ampla de seu conteúdo.

As normas de direitos fundamentais decorrentes da interpretação de dispositivos que consagram direitos fundamentais, embora possam ser enunciadas como regras, são por convenção tratadas como princípios.

Como admite Virgílio Afonso da Silva (2014, p.57):

Nesse sentido, portanto, não há grandes problemas no fato de que o texto e seus operadores deonticos não deem indicações precisas sobre o tipo de norma que surgirá de sua interpretação. *É tarefa do intérprete* definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio. *Qualquer* distinção das normas jurídicas em mais de uma categoria – e a ênfase no “qualquer” é, aqui, fundamental – terá que seguir sempre esse raciocínio. O texto legal, em geral, utiliza-se sempre da mesma linguagem e dos mesmos operadores deonticos. *Não é o legislador que tem que se preocupar com eventuais distinções e classificações dogmáticas, mas o intérprete e o aplicador do direito.* (Destques no original).

O caráter convencional também vem expresso na obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p.291): “para os termos deste trabalho, entendemos que os direitos fundamentais hão de ser concebidos, primordialmente, como princípios”.

Mas por que se convencionou tratar direitos fundamentais como princípios e não como regras?

Parece, em primeiro lugar, que isso se deve ao fato de se tratar de uma estratégia teórica e, mais que isso dogmática, de aproximação da realidade decisória voltada à produção de determinados efeitos desejáveis em democracias baseadas no papel fundamental do texto constitucional.

Uma perspectiva dogmática, como destacou-se alhures, parte da inegabilidade dos pontos de partida. A dogmática constitucional, por seu turno, está atrelada à consecução do

regime democrático que, no plano judicial, exige diálogo intersubjetivo como pressuposto de legitimidade e controlabilidade das decisões judiciais no que diz respeito à sua racionalidade.

Para a consecução desses fins de dialeticidade e controlabilidade, a caracterização de direitos fundamentais como princípios, um ponto de partida que não admite ser negado, permite lê-los como mandamentos de otimização que exigem sua máxima realização conforme circunstâncias fáticas e jurídicas existentes e indetectáveis no julgamento de cada caso concreto. Não são mandamentos definitivos, mas *prima facie*. (ALEXY, 2015).

Destaca-se que esse caráter *prima facie* torna-se definitivo quando da aplicação do princípio a um caso concreto.

Além disso, princípios em colisão, segundo a perspectiva de Alexy, cedem uns em relação aos outros apenas na medida em que isso se faça necessário nos casos concretos *sub judice*. Permanecem, contudo, íntegros no ordenamento jurídico.

Essa colisão de princípios resolve-se pelo sopesamento, técnica que utiliza a regra da proporcionalidade como ferramenta.

Segundo Alexy (2015, p.117):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Já as regras são comandos mais rígidos que exigem a realização exata daquilo que elas preveem. Se a extensão dos princípios é *prima facie* ampla, a extensão das regras é desde já determinada.

Por isso, regras, ao contrário dos princípios, não têm dimensão de peso. Daí que o método de solução de conflitos entre regras não pode ser o sopesamento.

Com o perdão do reforço, só se sopesa o que tem peso.

Para as regras usa-se, portanto, técnica diversa, de subsunção, geralmente denominada de “tudo ou nada”. No conflito entre regras uma delas será declarada válida e a outra inválida, ou ao menos deverá ser estabelecida uma exceção que afastará a aplicação de uma delas.

Claro está, dessa forma, que a caracterização dos direitos fundamentais como princípios funciona como ponto de partida de uma construção dogmática que almeja considerar *prima facie*, da maneira mais ampla possível, a extensão dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva reforça, sem dúvida, o valor do texto constitucional, inclusive o sentido político da proteção desses direitos.

A técnica de sopesamento, ademais, permite que os operadores, além do próprio juiz, dialoguem de maneira intersubjetiva para a construção do sentido da norma constitucional.

A exigência da proporcionalidade – que se subdivide em exigências progressivas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – por seu turno, almeja garantir a controlabilidade das decisões judiciais na medida em que força a elaboração de argumentos racionais, baseados no melhor argumento e não apenas na autoridade de que está investida o juiz.

Vejamos, portanto, as categorias analíticas dos direitos fundamentais depuradas pela hermenêutica constitucional, com declarado acento na proposta teórica de Robert Alexy, defendida com algumas variações por Virgílio Afonso da Silva.

Em ordem de complexidade, serão apresentadas as seguintes categorias: âmbito de proteção, intervenção estatal e suporte fático.

2.7.4. Âmbito de proteção

O primeiro elemento do suporte fático dos direitos fundamentais é o que se denomina âmbito de proteção.

O conceito de âmbito de proteção é mais restrito que o de suporte fático. Segundo Alexy, Borowski e Virgílio Afonso da Silva, âmbito de proteção é um elemento do conceito mais amplo de suporte fático.

É, assim, o ponto de partida da construção do conceito de suporte fático e representa, em sua essência, o que determinado direito fundamental protege.

Na doutrina, porém, é comum que não se faça distinção ou que se os empregue como sinônimos.

Para Virgílio Afonso da Silva (2014), o âmbito de proteção surge como resposta natural à indagação “O que é protegido?”.

Os bens a que se faz alusão na resposta dirão respeito a ações, estados ou posições jurídicas do titular do direito fundamental.

2.7.5. *Intervenção estatal*

O segundo elemento do suporte fático é a intervenção estatal.

Intervenções estatais sobre o âmbito de proteção de dado direito fundamental devem ser constitucionalmente fundamentadas sob pena de configurarem violações inadmissíveis.

Se, entretanto, a intervenção for constitucionalmente justificável estará presente uma restrição *prima facie* admissível, o que poderá significar em dado caso concreto a declaração de inexistência de proteção definitiva.

Como se verá logo mais com maior clareza, a intervenção estatal constitucionalmente injustificada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental provoca, assim, consequências jurídicas materiais e processuais.

Evidencia-se assim mais uma vez a preocupação de justificação racional das consequências advindas do desrespeito a um direito fundamental.

2.7.6. *Suporte fático*

O conceito de suporte fático dos direitos fundamentais guarda, em termos didáticos, paralelismo com o conceito de tipo para o direito penal e com os conceitos de hipótese de incidência e fato gerador para os direitos tributário e civil (SILVA, 2014).

Pragmaticamente, ele se articula como conceito analítico de direito fundamental para permitir a resposta sobre quando poderá ser ativada a consequência jurídica do descumprimento da norma constitucional.

Quando se pergunta, v.g., se determinado ato, fato ou estado é protegido por uma norma de direito fundamental ou se uma ação estatal específica é ou não caracterizadora de intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, esses questionamentos repousam na questão do suporte fático.

Da mesma forma, a configuração de suporte fático é determinante na eleição das técnicas de subsunção, sopesamento e concretização, o que revela a importância de seu estudo. (SILVA, 2014).

Em termos conceituais, entende-se que *suporte fático abstrato* são os atos ou fatos descritos por uma norma jurídica que imputa consequência em razão de sua ocorrência. *Mutatis mutandis*, seria a hipótese de incidência do direito tributário, por exemplo.

Já no direito penal, também *mutatis mutandis*, um exemplo de suporte fático abstrato seria o tipo de homicídio: “matar alguém”. Trata-se de ato humano descrito por uma norma que prevê em consequência uma pena de reclusão.

Suporte fático concreto, por seu turno, é a ocorrência concreta no campo fenomênico do ato ou fato previsto abstratamente pela norma. Guarda evidente relação com o conceito de fato gerador do direito tributário. No exemplo de direito penal, seria um homicídio concretamente praticado.

Essas similitudes com outros ramos não são, contudo, imediatamente transponíveis para o direito constitucional. A técnica redacional dos tipos penais por exemplo, descreve a ação ou omissão penalmente relevante, permitindo a subsunção imediata do fato ao tipo. Ocorre violação à norma “não matarás” mediante a efetiva ocorrência da conduta descrita no tipo “matar alguém” (suporte fático).

Os enunciados normativos da Constituição, porém, não têm a mesma técnica redacional e nem sempre permitem a imediata identificação do suporte fático amplo. Basta pensar na identificação do suporte fático da intimidade, da privacidade ou da liberdade de expressão.

Devido a essa diferença de texto normativo, Virgílio Afonso da Silva (2014) propõe quatro perguntas necessárias à identificação do suporte fático de um direito fundamental previsto na Constituição Federal: 1) o que é protegido? 2) Contra o quê? 3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? 4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

Essas quatro perguntas são essenciais para a compreensão analítica de um direito fundamental.

Para Alexy e Borowski (ALEXY, 2015) o suporte fático é o resultado da soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal. A consequência jurídica da violação a um direito fundamental – ou seja, da violação ao binômio “âmbito de proteção + intervenção estatal”, surgiria quando ausente fundamentação constitucional.

Admitiremos, contudo, como certo o aprimoramento proposto por Virgílio Afonso da Silva (2014), para quem a falta de fundamentação constitucional aparece como elemento deslegitimador da intervenção estatal apenas e não do binômio supra transcrito.

Assim, se para Borowski: “*se (APx e IEx) e não FCx, então CJx*”²², para Virgílio Afonso da Silva: *se APx e não FC(IEx), então CJx*.

Na explicação do próprio autor (SILVA, 2014, p.75):

Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx).

A equação depurada por Virgílio Afonso da Silva permite, dessa maneira, questionar se o crime permanente é um fundamento dotado de significância constitucional suficiente para dar suporte jurídico ao ingresso da polícia em domicílio alheio sem flagrante aparente.

Se a resposta for positiva, estará presente restrição constitucionalmente aceitável, o que, na prática, significará a possibilidade de declarar a inexistência de proteção definitiva do art. 5º, XI, da CRFB num dado caso concreto.

Por outro lado, sendo negativa a resposta, estará configurada violação capaz de produzir consequências jurídicas a exemplo da inadmissibilidade de provas ilícitas, desentranhamento da prova, trancamento do inquérito ou do processo por falta de justa causa, absolvição do réu, responsabilização civil, administrativa e penal dos policiais etc.

Compreendida a fórmula do suporte fático, cumpre esclarecer, por fim, a razão de se adotar o suporte fático amplo como base ideal dos direitos fundamentais.

Teoricamente, o suporte fático pode ainda ser amplo ou restrito e esta é sem dúvida uma classificação de suma importância. Uma e outra chegam, ao final, a conclusões diametralmente opostas.

Os adeptos da concepção de suporte fático restrito admitem que certas posições, estados ou posições jurídicas não são contempladas no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental. Esforçam-se para depurar o conteúdo de cada direito, dizendo o que ele contém e o que não contém. São consequências dessa postura, dentre outras, a negação de restrições, que acabam substituídas pela ideia de limite, a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais e a incessante busca pela essência estanque de cada direito. Essas teorias são marcadas pela exclusão a priori de condutas e por nítido caráter conservador (SILVA, 2014).

²² Legendas: APx (âmbito de proteção x); IEx (intervenção estatal x); não-FCx (não-fundamentação constitucional x); CJx (consequência jurídica x).

Dentre os adeptos dessa concepção podem ser indicados, dentre outros, Friedrich Muller, José Carlos Vieira de Andrade e Jorge Miranda. (SILVA, 2014).

A teoria do suporte fático restrito não será admitida aqui porque a exclusão apriorística do âmbito de proteção de determinado direito pelo intérprete é arbitrária e dificilmente passível de controle e mesmo de justificação no plano da racionalidade.

Robert Alexy propõe, em sentido diametralmente oposto, que o suporte fático dos direitos fundamentais seja amplo, o que, conforme Virgílio Afonso da Silva (2014, p.109) implica:

Toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis.

Essa posição é mais apta à proteção dos direitos fundamentais porque como não parte de delimitações apriorísticas do que está dentro e do que está fora do conteúdo de dado direito, impõe que restrições tenham que ser justificadas no campo da fundamentação constitucional das intervenções (SILVA, 2014). Sua principal contribuição é impedir decisões calcadas no argumento de (da) autoridade, respaldadas, não raro, apenas no bom senso, no prestígio ou ainda na oportunidade e na conveniência subjetivamente identificadas pelo sentenciante.

Permite, substituir, em suma, o argumento de autoridade pela autoridade do argumento, sendo este o objeto deste trabalho, que se liga a uma linha de pesquisa dirigida à racionalidade no Estado Democrático de Direito.

2.7.7. Restrições a direitos fundamentais

Se se tem como correta a posição de que o suporte fático dos direitos fundamentais é amplo, garantidor de posições jurídicas *prima facie* – e isso não passa aqui de uma opção metodológica, tenha-se sempre claro – então as restrições a direitos fundamentais deverão ter natureza distinta do próprio direito fundamental, privilegiando-se, neste trabalho, a teoria externa das restrições.

Essa natureza distinta da restrição em relação ao próprio direito sobre a qual incide é a tônica da teoria externa; noutras palavras, trata-se de construção teórica que almeja distinguir em duas categorias bem individualizadas o direito e suas eventuais restrições.

Em sentido oposto, teorias internas rejeitam a ideia de restrição; não haveria dualidade, mas unidade. Substitui-se a concepção de restrição, vinda de fora, pela de limites, já presentes internamente no próprio direito e, por isso, imanentes.

Nessa segunda perspectiva, não existem o direito e suas eventuais restrições como figuras distintas, mas apenas o direito, cuja definição é fruto da compreensão do que ele protege e das fronteiras que impõe a si mesmo.

Percebe-se, ademais, que essa perspectiva preza pela depuração prévia do sentido de cada direito, cabendo à doutrina fundamentalmente esse mister. A delimitação precisa de cada direito a partir da análise do que ele protege e de quais seriam seus limites imanentes é fundamentalmente atingida a partir da hermenêutica de cada enunciado ou de vários, estabelecendo-se sempre onde cada um começa e termina.

Para a consecução de tais fins são geralmente utilizados os métodos clássicos de interpretação gramatical, histórica, teleológica e sistemática, mas não o sopesamento, com ela incompatível.

O papel da doutrina estaria precisamente situado no plano da enunciação do sentido específico de cada direito. É fácil perceber que uma construção teórica nessas condições rejeita a ideia de colisão, pois, onde a teoria externa vislumbra a aplicabilidade simultânea de dois ou mais direitos fundamentais – conflito apenas sanável no caso concreto -, haveria, em verdade, apenas uma resposta correta, dependente apenas da compreensão precisa daquilo que previamente já estaria considerado protegido ou não pelo legislador.

Direitos definidos sob as premissas da teoria interna são, portanto, regras e não princípios; por conseguinte, não podem ser operados segundo a técnica do sopesamento. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva “a figura dos limites imanentes e o conceito de sopesamento são mutuamente exclusivos” (SILVA, 2014, p.133).

A adoção da teoria externa das restrições, ao contrário, privilegia maior controle em termos de racionalidade, objeto aqui perseguido, na medida em que retira do intérprete a possibilidade de impor limites a direitos fundamentais concluindo em abstrato simples espaços de não proteção. Ao contrário, restrições exigem fundamentação constitucional em casos concretos, construída a partir do sopesamento com emprego da regra da proporcionalidade.

As restrições a direitos fundamentais podem ser diretamente constitucionais ou indiretamente constitucionais, não se admitindo restrições sem qualquer lastro constitucional.

Conforme a lição de Alexy (2015, p.286):

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais.

Restrições diretamente constitucionais, ainda quando constantes no próprio enunciado normativo de um direito fundamental, são restrições (teoria externa) e não limites imanes (teoria interna). Não são componentes do suporte fático (restrito), mas algo diverso do suporte fático.

Por exemplo, no art. 5º, XI, da CRFB, as restrições diretamente constitucionais “flagrante”, “desastre” e “socorro” não limitam o suporte fático amplo, *prima facie* da inviolabilidade do domicílio.

Ao contrário, ainda que previstas diretamente no próprio enunciado normativo da inviolabilidade do domicílio, o suporte fático há de ser considerado amplo.

Se forem consideradas como componentes do suporte fático serão limites, o que refuta o suporte fático amplo. Segundo a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, aqui adotada, como já visto, por sua maior racionalidade e maior grau de proteção aos direitos fundamentais, restrições diretamente constitucionais são, sob a perspectiva da norma, cláusulas restritivas.

A transcrição do conceito de Alexy (2015, p.286) é aqui fundamental: “Uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido”.

No caso da inviolabilidade do domicílio, o flagrante não é um limitador do suporte fático amplo. A proteção *prima facie* existe mesmo nos enunciados normativos de direitos fundamentais que contenham cláusulas restritivas diretamente constitucionais, portanto.

É por isso que, comentando o art. 8º, §1º, da Constituição alemã, que trata do direito de reunião e que contém a cláusula restritiva “pacificamente e sem armas”, Alexy (2015, p.287) chega à conclusão, aqui plenamente transponível de que:

Se se parte apenas do teor do texto normativo, essa expressão pode ser interpretada tanto como uma parte do suporte fático quanto como a formulação de uma cláusula restritiva. No primeiro caso o caráter pacífico e a ausência de armas são encarados como condições para que se dê ensejo à proteção constitucional; no segundo caso a cláusula expressa de forma negativa (nem não-pacífica, nem com armas) as condições

para a exclusão da proteção constitucional. Com isso fica claro que uma decisão sobre o caráter restritivo não é possível somente a partir do nível do texto normativo.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à redação do art. 5º, XI, da CRFB. Permita-se a paráfrase: a expressão “flagrante” pode ser interpretada tanto como uma parte do suporte fático quanto como a formulação de uma cláusula restritiva. No primeiro caso a inocorrência de flagrante delito é encarada como condição para que se dê ensejo à proteção constitucional; no segundo caso a cláusula expressa de forma negativa (desde que não haja flagrante delito) a condição (que haja o flagrante!) para a exclusão da proteção constitucional. Com isso fica claro que uma decisão sobre o caráter restritivo não é possível somente a partir do texto normativo.

E se “uma decisão sobre o caráter restritivo não é possível somente a partir do texto normativo” isso significa, de modo absolutamente coerente com o pensamento de Alexy que, mesmo diante de flagrante delito, a restrição só será considerada constitucionalmente justificada no caso concreto a partir da consideração do suporte fático amplo – a proteção *prima facie* do domicílio ainda em caso de flagrante – e da intervenção de modo também amplo. No final das contas, o ingresso no domicílio só será legítimo (não será caracterizado como “violação”) se houver fundamentação constitucional suficiente.

Do contrário, se *a priori* qualquer caso de flagrante for considerado como exceção ao conteúdo efetivamente protegido (suporte fático restrito/restrição como teoria interna ou limite imanente) isso teria como consequência, segundo o próprio Alexy (2015, p.287), “a inexistência de restrições diretamente constitucionais” interpretação que, todavia, “não é obrigatória por razões conceituais e nem são desejáveis suas consequências”

Voltando à análise da expressão “pacificamente e sem armas” do art. 8º, §1º, da Constituição alemã, Alexy consigna que a cláusula “pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos” (2015, p.287).

Fazendo nova transposição para o dispositivo da inviolabilidade do domicílio no direito brasileiro teríamos que o flagrante, objeto deste estudo, pode ser interpretado como uma formulação resumida de uma regra, que transforma o direito *prima facie* decorrente do princípio da inviolabilidade do domicílio em não-direito definitivo.

Note-se que a transformação se dá para um não-direito definitivo e não para um “direito não definitivo”. O que será negado no julgamento do caso concreto será o direito e não sua definitividade

Mas afinal, o que tudo isso pretende dizer?

Em primeiro lugar, que mesmo contendo cláusulas restritivas, enunciados normativos consagradores de direitos fundamentais mantém o caráter de princípio sujeito à colisão e ao sopesamento; em segundo lugar, que todo direito *prima facie* contido abstratamente num texto normativo só se torna direito definitivo em determinado caso concreto, segundo circunstâncias fáticas e jurídicas; em terceiro lugar que, estando presente num determinado caso concreto uma circunstância normativamente prevista como cláusula restritiva (v.g. flagrante), poderá não haver, segundo as circunstâncias fáticas presentes, um direito definitivo (v.g. à inviolabilidade do domicílio), mas, ao contrário, a negação desse direito, ou seja, um “não-direito definitivo”.

A conclusão de “não-direito definitivo” à inviolabilidade do domicílio dependerá, portanto, e em todo caso, da análise das circunstâncias fáticas e jurídicas do flagrante, não sendo possível excluir arbitrariamente, fora do julgamento do caso concreto, a proteção do domicílio pelo aparente estado flagrancial.

É nesse sentido,- pensando, porém, a partir do direito de reunião alemão, - que Alexy (2015, p.287-288) obtempera: “No entanto, para se avaliar se uma reunião não é pacífica é necessária, em todos os casos duvidosos, uma interpretação do conceito de não-pacificidade” .*Mutatis mutandis*, para se avaliar se determinado flagrante excepciona a inviolabilidade domiciliar é necessária, em casos duvidosos, uma interpretação do conceito de flagrante.

Não é possível, pois, afastar de plano, como de regra se tem feito no Brasil, a inviolabilidade do domicílio sob qualquer argumentação da presença de flagrante. Ao contrário, o conceito de flagrante passa a ser problematizável, passível de ser submetido à análise da licitude da prova e sopesado.

Afinal, como adverte Alexy (2015, p.288):

Isso mostra que a cláusula nada mais é que uma decisão do constituinte a favor de determinadas razões contra a proteção constitucional – não importa como estejam individualmente constituídas – pertencem contudo ao âmbito das restrições. Se se abre mão dessa forma de compreender a questão, haveria o perigo de que o jogo das razões e contra-razões fosse substituído por compreensões mais ou menos intuitivas.

Nota-se a evidente preocupação de Alexy com fundamentações frágeis, com raciocínios cujas etapas não possam ser claramente identificadas. O ganho de racionalidade da formulação de Alexy, que preserva a um só tempo o caráter de princípio dos direitos fundamentais e a proteção *prima facie* ampla e que, além disso, exige fundamentação constitucionalmente adequada mesmo quando presente cláusula restritiva diretamente

constitucional é evidente, mormente quando comparada a formulações teóricas que defendem suporte fático restrito e limites imanentes conformadores do âmbito de proteção de cada direito.

Veja-se, por exemplo, a análise feita por Alexandre Reis Siqueira Freire (2014, p.319) a partir das premissas de Gavara de Cara de limites internos, componentes do suposto de fato (grosso modo, o suporte fático) do artigo 5º, XI, da CRFB:

[...] tome-se como exemplo o disposto no art. 5º, XI, da CF/88, que assegura o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, admitindo-se restrição ao direito em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Desse enunciado, extrai-se a norma que garante a todos o direito à inviolabilidade de domicílio. Entrementes, há limites, como a prática de atividades ilícitas (caso de flagrante delito), e se houver a necessidade de assegurar outro direito fundamental (prestar socorro), ou para assegurar o cumprimento de ordem judicial (determinação judicial). Estabelece-se uma linha limítrofe entre direito e não direito, vez que *“las posiciones de no derecho han de derivar diretamente de la constitución debiendo formar parte de la descripción del supuesto de hecho de la norma que establece el derecho fundamental”*.

Como já debatido, a *“linha limítrofe entre direito e não direito”* é simplesmente refutada por Alexy devido a seus caráter arbitrário e não controlável. Um modelo como o defendido por Alexy e Virgílio Afonso da Silva almeja em linhas gerais, conforme já explicitado neste trabalho *“criar exigências de fundamentação para o aplicador do direito; exigências essas, que levam a uma possibilidade mais sólida de diálogo intersubjetivo e, conseqüentemente, a uma mais sólida proteção aos direitos fundamentais”* (SILVA, 2014, p.124).

Dois pontos ainda merecem destaque neste enfoque analítico dos direitos fundamentais entendidos como princípios.

O primeiro deles diz respeito à regra da proporcionalidade, que funciona como ferramenta na técnica de sopesamento e que é destinada à solução de colisões de princípios constitucionais. Referida regra desdobra-se, como se verá, em três perspectivas distintas de análise necessariamente empregadas na seguinte ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Depois, em segundo lugar, será preciso ainda dissertar sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ponto de fundamental compreensão e que, verificado à luz da proporcionalidade, ganha contorno relativo, distinto do que intuitivamente se costuma conceber.

2.7.8. A regra da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade é uma regra de aplicação do direito utilizada para o equacionamento de casos envolvendo colisão de direitos fundamentais e que almeja servir de restrição às restrições. O ato estatal caracterizado como intervenção, - para caracterizar-se como restrição constitucionalmente fundamentada e não como violação -, deve passar pelo crivo da proporcionalidade, que se decompõe em três elementos, organizados em relação de precedência uns em relação aos outros, como se filtros fossem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade deve ser lida como regra e não como princípio exatamente porque não estabelece direitos *prima facie* amplos e mutáveis conforme circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao contrário, trata-se de uma regra porque estabelece deveres definitivos e se aplica pela regra da subsunção.

Sobre seu caráter de regra e não de princípio estão de acordo, com variações terminológicas, Robert Alexy (2015), Virgílio Afonso da Silva (2014) e Humberto Ávila (2015), destacando-se que este último a classifica como postulado aplicativo.

De todo modo, os três sub-elementos estruturantes da proporcionalidade indicam que se trata de uma estrutura dogmática concebida para operar efeitos práticos determinados, e não apenas de um topos argumentativo meramente retórico e não sistematizado (SILVA, 2002), fator determinando para distinguir a proporcionalidade do assim chamado princípio da razoabilidade.

Como assevera Virgílio Afonso da Silva (2002) existe uma tendência de identificação da razoabilidade com a proporcionalidade identificada na jurisprudência do STF e na doutrina, a exemplo de Luís Roberto Barroso que aponta o mesmo conteúdo com simples variação de nomenclatura, a primeira associada à tradição anglo-saxônica e a segunda à tradição romano-germânica, sendo essa, contudo, uma conclusão açodada e, mais do que isso, errada, pois:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. (SILVA, 2002, p.30)

Destaca-se que, no processo penal, a atual redação do artigo 282, incisos I e II, do CPP indica a incorporação no ordenamento do conceito de proporcionalidade de Alexy, na medida em que exige para a imposição de medidas cautelares alternativas a observância da “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” (inciso I) e da “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. (inciso II).

Para os fins deste trabalho, portanto, a regra da proporcionalidade deve ser entendida não como sinônimo de razoabilidade, mero topos argumentativo e não sistemático, mas, ao contrário, a partir da anunciada estrutura decomponível em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esses três sub-elementos, como filtros, devem ser lidos nessa ordem em verdadeira relação de subsidiariedade uns em relação aos outros, a exemplo da estruturação dogmática do conceito analítico de crime necessariamente enunciado na seguinte ordem: fato típico, ilícito e culpável.

Exemplificativamente, se ficar constatada a ausência de adequação de uma intervenção estatal, será desnecessário ao intérprete continuar perquirindo acerca de sua necessidade ou de sua proporcionalidade em sentido estrito.

2.7.9. Conteúdo essencial

A primeira imagem que tende a surgir intuitivamente ao intérprete em relação à ideia de conteúdo essencial é a de um núcleo rígido e indevassável, protegido contra qualquer espécie de restrição. Nessa perspectiva, a afetação do conteúdo essencial representaria a aniquilação do próprio direito fundamental.

Como se trata de uma categoria analítica forjada pela doutrina constitucional ao lado de outros conceitos como suporte fático, âmbito de proteção e intervenção, o conteúdo essencial assim como esses demais conceitos não aparece expressamente no texto constitucional brasileiro.

Não obstante, a concepção de um conteúdo mínimo indevassável de cada direito é tão intuitiva que não passou despercebida por poderes constituintes de outros Estados. Assim,

por exemplo, pode-se encontrar expressa referência a ele nas constituições alemã, portuguesa e espanhola.

O artigo 19.2 da Lei Fundamental da República Federal Alemã, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, prescreve que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.

A Constituição Portuguesa de 1976 também prevê em seu art. 18.3 que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Também a Constituição da Espanha de 1978 estabelece em seu artigo 53.1 que “os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades”.

Conquanto a Constituição brasileira seja silente a esse propósito, as implicações hermenêuticas dessas previsões no Direito brasileiro são evidentes, na medida em que a doutrina brasileira e a jurisprudência brasileira vêm integrando a teoria dos direitos fundamentais à prática.

Neste ponto, deve estar claro, porém, que o conteúdo essencial de um direito fundamental não pode ter caráter definido, estanque e muito menos absoluto quando as premissas conceituais de suporte fático, de intervenção e de restrições são amplas.

Deveras, o esforço de Robert Alexy, aqui estudado como marco teórico para análise dos direitos fundamentais, repousa, no plano estritamente dogmático, na negação do suporte fático restrito, da teoria interna das restrições e da teoria dos limites imanentes. O conteúdo essencial, portanto, não pode ser pré-definido, muito menos absoluto, mas relativo.

A princípio, reconhece-se, a ideia de um conteúdo essencial que não seja absoluto parece contra intuitivo. É preciso, porém, situar a discussão no plano geral da teoria dos direitos fundamentais aqui analisada.

O objetivo prático da construção teórica de um suporte fático amplo, de uma teoria externa das restrições e de um conteúdo essencial relativo orientado pelo princípio da proporcionalidade é a construção de uma teoria dos direitos fundamentais que admita o mais alto grau de controlabilidade racional de argumentos restritivos “a priori” e a construção intersubjetiva de decisões a partir do efetivo diálogo dos implicados na interpretação da norma.

Note-se que se fala em “mais alto grau de controle” e não em “controle” pois, ainda que haja uma estrutura dogmática a observar – suporte fático, restrições etc -, a solução dos

casos concretos sempre admitirá alguma forma de argumentação e um espaço específico de subjetividade de quem decide e que é, ao fim e a cabo, incontrolável. O ganho, reforça-se, dessa perspectiva teórica está na (pretensão de) controlabilidade do arbítrio e na possibilidade de intervenção da escolha dos argumentos a partir do compartilhamento de premissas dogmáticas.

Nos dizeres de Robert Alexy (2015, p.573-574):

A abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismos. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas de argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada.

É nessa perspectiva que se pode falar em conteúdo essencial relativo.

A definição de um conteúdo essencial absoluto parte necessariamente de escolhas apriorísticas de quem o decide ou enuncia, seja ele o juiz de um caso concreto, seja ele um doutrinador envolvido com a explicação do conteúdo de cada direito, onde um começa e outro termina etc.

Ao contrário, “o ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental” (SILVA, 2014, p. 196). O conteúdo essencial não é sempre o mesmo e depende das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes em cada caso concreto.

Logo, a tarefa de tentar definir o conteúdo essencial de cada direito num inventário doutrinário, uma compilação tendente a dizer onde cada direito fundamental do rol do art. 5º da CRFB começa e termina tem pouca ou nenhuma utilidade prática e se aproxima da concepção de direito fundamental comungada pela teoria do direito, bastando lembrar o conceito alhures apresentado de “esfera do indecível” de Ferrajoli (2011).

É, deveras, difícil abandonar essa perspectiva que faz parte do modo de pensar e de ensinar dos manuais tradicionais. Ao que parece, essas conclusões são possíveis apenas quando o pesquisador se dedica à análise estanque de cada direito fundamental numa perspectiva estática, porque aí para ele se apresentam com grande destaque os fundamentos ético políticos da proteção, sugerindo a ideia de valores absolutos.

Porém, se pensados numa perspectiva dinâmica ou relacional é indiscutível que direitos fundamentais entram em colisão no julgamento de casos concretos, de maneira que afirmar o caráter absoluto de um levaria à afirmação do caráter não absoluto de outro, uma contradição insuperável.

Por isso, uma teoria dos direitos fundamentais voltada à decidibilidade de casos concretos não pode comungar com categorizações absolutas.

Ao contrário, suporte fático amplo, restrições compreendidas a partir da teoria externa e conteúdo essencial relativo são bases dogmáticas que estabilizam e contém a argumentação.

Assim, ao passo em que se refuta um conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, admite-se com Virgílio Afonso da Silva que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um fenômeno complexo que envolve uma série de problemas inter-relacionados: o que é protegido, qual a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições e como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. Da interpenetração dessas questões conforme certas circunstâncias fáticas e jurídicas de um caso concreto é que exsurgerà o conteúdo essencial de um direito fundamental.

E como o conteúdo essencial define-se no caso concreto a partir da colisão de princípios e da técnica da ponderação, será considerado conteúdo essencial aquilo que passar pelo crivo da regra da proporcionalidade ou como sintetiza Virgílio Afonso da Silva “o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial” (2014, p.206).

São essas, em linhas gerais, as categorias necessárias à compreensão do conceito analítico do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio: suporte fático amplo, âmbito de proteção e intervenção estatal amplos, conteúdo essencial relativo e regra da proporcionalidade em sua tríplice conformação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2.8. O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio no direito brasileiro

O percurso trilhado até aqui permitiu identificar grandes linhas teóricas que propiciam uma visão mais abrangente do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio do que aquela corriqueiramente reproduzida nos manuais.

Em suma, buscou-se em primeiro lugar recuperar as ressonâncias históricas desse direito e compreender, depois, sua significação ético-política e sua racionalidade, especialmente quando concebido para desempenhar o papel de direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

Verificou-se também que, segundo a doutrina em geral, a inviolabilidade de domicílio é lida como direito de segurança que busca proteger e assegurar o exercício da intimidade e da vida privada, configurando-se ilícita a prova obtida a partir de sua inobservância.

Destacou-se que, em geral, os manuais não superam uma etapa necessária, mas insuficiente, que consiste na decomposição analítica do enunciado, limitando-se normalmente a verificar o sentido e o alcance dos vocábulos contidos no dispositivo, bem como conformando-se em compreendê-lo a partir de esforços de interpretação que seguem apenas os métodos clássicos: gramatical, teleológico, histórico e sistemático.

Já a perspectiva da hermenêutica constitucional de linhagem principiológica, com forte arrimo na doutrina de Robert Alexy, permitiu a identificação de categorias analíticas como âmbito de proteção, suporte fático e conteúdo essencial que incrementam a compreensão e enunciação da norma desse direito, dando-lhe um novo sentido que passa a funcionar como instrumento para o equacionamento de casos envolvendo colisão de princípios.

Da mesma forma, o conceito de intervenção estatal permitiu distinguir violação de restrição, essa última considerada admissível quando suporte o teste da proporcionalidade.

O discurso dogmático de índole principiológica é, dessa maneira, voltado a resultados práticos e almeja reduzir a aleatoriedade e a imprevisibilidade de decisões judiciais, ainda que, no limite, reconhece-se, não seja capaz de impedir por completo influências subjetivas do julgador.

Cabe, quanto a isso recordar com Ferrajoli (2006, p.46) que influências subjetivas não controladas degradam a verdade processual, *“de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador”*.

Ao contrário, quando operacionalizado, o discurso dogmático pode favorecer a redução de decisionismos e argumentações pouco elaboradas com ganhos concretos de racionalidade.

Logo, esse esforço não se trata de simples exercício acadêmico, mas de depuração dogmática orientada para a práxis e para a solução de casos concretos.

A partir dessas premissas, pode-se então dizer que no Brasil o direito à inviolabilidade do domicílio tem como enunciados normativos coexistentes e compartilhadores de sentidos: o artigo 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal, o artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678, de 6 de novembro de 1992) e o artigo 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (Decreto 592 de 6 de julho de 1992).

Para o art. 5º, XI, da CRFB *“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”*.

É igualmente certo que essa proteção constitucional do domicílio assegura, em verdade, o exercício da intimidade e da vida privada, direitos fundamentais consagrados no inciso X que lhe antecede: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

Essa relação de asseguramento da intimidade e da vida privada ressaltada pela doutrina, como se viu alhures, ressoa e é confirmada com efeito na disciplina internacional já incorporada ao direito brasileiro.

A proteção do domicílio como consequência dos direitos à intimidade e à vida privada é nítida no art. 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos que diz: *“Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”*.

O art. 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 por seu turno enuncia que:

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Os dois tratados internacionais de direitos humanos incorporam-se ao direito brasileiro como direitos fundamentais e, conseqüentemente, a proteção contra “ingerências arbitrárias ou abusivas” prevista nos dois diplomas acopla-se ao enunciado normativo do art. 5º, XI, da CRFB.

Essa afirmação, além disso, confirma a perspectiva teórica da hermenêutica constitucional já explorada no sentido de que enunciado normativo ou dispositivo não se confundem com norma. Aqui, a norma é fruto de quatro dispositivos e, no caso concreto, pode ser extraída do acoplamento de outros, inclusive.

É lícito dizer, nesse sentido, que o enunciado normativo que diz “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” completa-se com a dupla proteção internacional contra ingerências

arbitrárias e abusivas, que dizem respeito, em suma, à natureza da intervenção estatal, categoria do suporte fático.

Se, como visto, o “flagrante”, o “desastre” e o “socorro” não gozam de definição direta no texto constitucional, sendo essa uma tarefa primordial da doutrina e da jurisprudência, e apenas excepcionalmente da legislação infraconstitucional, a proteção contra ingerências arbitrárias e abusivas oriunda dos enunciados internacionais incorporados à norma constitucional parece funcionar como baliza interpretativa contrária à adoção de conceitos exageradamente amplos.

Assim, no que diz respeito ao flagrante, parece certo que um dispositivo infraconstitucional – v.g. o do art. 303 do CPP (crime permanente) – que venha a ser mais amplo que a noção ontológica daquilo que é visível ou “que queima”, conforme definição etimológica, poderá vir a ser considerado ingerência arbitrária ou abusiva no âmbito de proteção da inviolabilidade do domicílio em determinado caso concreto.

É que, com efeito, se o legislador infraconstitucional puder dar ao vocábulo equívoco “flagrante” qualquer sentido que lhe pareça adequado, certamente estará relativizando abstratamente, e não em um dado caso concreto, a proteção conferida pela constituição.

Neste ponto, acopla-se o conhecimento oriundo do suporte fático dos direitos fundamentais que, como vimos, deve ser amplo e não restrito.

Dizer que a lei pode alargar sem qualquer limite o conceito de flagrante significa negar o âmbito de proteção amplo do direito fundamental, a proteção *prima facie* conferida pelo artigo 5º, XI, da CRFB. Uma leitura como essa negaria o caráter de princípio da norma, mandamento de otimização.

Isso demonstra que a alusão ao artigo 303 do CPP, à natureza permanente do delito de tráfico de drogas ou ao flagrante de crime permanente para justificar *post factum* invasões de domicílio são estratégias argumentativas inidôneas sob o prisma dogmático da teoria dos direitos fundamentais.

De outro giro, o flagrante, ainda que previsto como cláusula restritiva diretamente constitucional, não pode ser lido com as lentes da teoria interna das restrições. Como visto, cláusulas restritivas, ainda que diretamente constitucionais, ou ainda aquelas infraconstitucionais, como parece ser o artigo 303 do CPP, não são limites imanentes e não desnaturam a conformação de princípio dos direitos fundamentais.

Por isso, não existe e não pode existir um dispositivo ou um conceito de flagrante que, por si só, seja capaz de excluir a proteção do domicílio.

Ao contrário, *prima facie*, ainda que diante de um flagrante de crime permanente, haverá proteção ao domicílio ao menos como ponto de partida. Sem justificção constitucional da intervenção estatal a restrição praticada pelo Estado será ao final lida como violação, exatamente por se tratar de ingerência arbitrária, abusiva e ilegal.

Perceba-se que essa leitura confirma a pretensão alexyana destacada por Virgílio Afonso da Silva de deslocamento da questão para o campo da justificção das decisões, o que garante controlabilidade e dificulta decisionismos e argumentações pouco elaboradas.

Nesse sentido parece ter caminhado o Supremo Tribunal Federal na decisão proferida no RE 603.616/RO.

Como conclusão deste capítulo pode-se dizer então que a inviolabilidade do domicílio no Direito brasileiro é um princípio e, como tal, um mandamento de otimização. Trata-se de uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante de condições fáticas e jurídicas existentes.

Admite-se seu suporte fático amplo rejeitando-se as ideias de suporte fático restrito e a teoria dos limites imanentes. Não existe por isso violação de domicílio previamente autorizada como em regra admite a jurisprudência.

A constitucionalidade da restrição flagrante só pode ser aferida no julgamento do caso concreto mediante fundamentação constitucional. Nessas hipótese, é bom sublinhar, também a possibilidade de intervenção baseada no flagrante deverá ser considerada de forma ampla, dependendo, porém, de fundamentação constitucional robusta.

Afasta-se definitivamente a natureza absoluta dos direitos fundamentais. Embora eles colmatem a “esfera do indecidível” para a teoria do direito, perspectiva que favorece a compreensão inicial de seus conteúdos ético políticos, é certo que, para a perspectiva dogmática dos direitos fundamentais, declaradamente voltada para a solução de casos concretos, admite-se que sejam todos restringíveis e, assim, não absolutos.

O fato de os direitos fundamentais não serem absolutos, todavia, impõe maior e não menor responsabilidade e comprometimento do intérprete. A viabilidade teórica de relativização, concebida para o equacionamento de casos concretos – notadamente de *hard cases*, não neutraliza o valor e o profundo sentido histórico e ético político desses direitos analisados cada um de per se. Perceba-se que, na base da própria construção teórica de princípio como mandamento de otimização remanesce, mesmo que por intermédio de outra estratégia argumentativa, a considerável valorização desses direitos e não o contrário. Relativização não é, assim, sinônimo de desprezo ou aviltamento. Exatamente o contrário! A nenhum intérprete se autoriza, enfim, tratá-los com desdém ou amesquinhamento irresponsável. Do intérprete

espera-se boa-fé e comprometimento ético com o a integridade e validade das respostas sistemicamente encontráveis, descartando-se respostas absurdas, incongruentes ou incoerentes, o que, por si só, é também um princípio elementar de hermenêutica.

Cabe, nesse contexto, reproduzir a preocupação e a advertência do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, cristalizada no voto que proferiu no julgamento do HC 95. 009-4/SP²³

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) *da proporcionalidade e da razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. No caso de que ora cogitamos *esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”*. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada dessa máxima se faz gazua para arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo de séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos, sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. Primeiro essa gazua, em seguida, despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado” a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – *não tem lugar em matéria penal e processual penal*. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. *Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie*. Estou a me exceder, Presidente? Talvez. Perdoe-me, mas é o noviciado de quem nunca viu ilegalidade tão desabrida.

O trecho é, de fato, muito elucidativo porque explicita os riscos da relativização inconsequente, o risco da afirmação retórica dos direitos em contrapartida a sua solene negação nos momentos em que deveriam servir como limite e proteção²⁴. Todavia, seu próprio autor

Inteiro teor disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249> Acesso em 21.7.2016

²⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. PARTE DISPOSITIVA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. 1. O crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a sua conduta. 2. Embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, sendo excepcionado, por exemplo, em casos de flagrante delito, hipótese em que os policiais podem ingressar na residência sem necessidade de mandado, e sem que haja prévia autorização do morador. 3. Agravo Regimental desprovido. 4. Corrigindo-se erro material verificado na parte dispositiva da decisão monocrática, os autos deverão

reconhece que talvez estivesse a exceder-se em termos retóricos. Há bons motivos já destacados neste trabalho para acreditar que a mera afirmação de caráter absoluto de determinados direitos também não garante racionalidade, sendo preferível admitir teoricamente a relativização cercada de constrangimentos argumentativos claros.

Afirmar o caráter absoluto da inviolabilidade domiciliar não significa, em definitivo, protegê-la melhor do que admitir a relativização sob rígidas condicionantes argumentativas. A realidade aponta para violações sistemáticas apesar do discurso teórico predominante do caráter absoluto desse direito assim como para a falta de controle judicial dessas ilegalidades. Admitir que o controle *a posteriori* pode ter sentido e algum efeito prático é uma meta humilde, mas um discurso necessário e urgente em termos de racionalidade.

Em síntese, o flagrante próprio, aquele que está acontecendo e aquele que acabou de acontecer, por contar com a característica da certeza visual de sua ocorrência, é a hipótese óbvia de intervenção estatal constitucionalmente autorizada.

O flagrante de crime permanente, ao contrário, é um alargamento do conceito de flagrante que atinge situações de dúvida sobre a efetiva ocorrência do crime, ao menos no momento em que se decide ingressar em domicílio alheio para confirmá-lo. Como tal, precisa de justificação mais densa, sob pena de afetação desproporcional do conteúdo essencial do direito à inviolabilidade do domicílio.

A consequência processual de ações estatais desse jaez será a ilicitude da prova. Conforme disposição constitucional expressa no artigo 5º, LVI “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O próximo capítulo analisará a influência dessa perspectiva no processo penal brasileiro.

3. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

3.1. Ambientação do problema

As conclusões do capítulo anterior irradiam reflexos no processo penal de matriz constitucional.

No ponto em que se definiu princípio como mandamento de otimização segundo determinadas circunstâncias jurídicas e fáticas, reacende-se agora especial interesse investigativo quanto à valorização dos aspectos fáticos do caso concreto, já que isso aproxima a teoria dos direitos fundamentais das discussões dogmáticas e político-criminais do processo penal.

Como visto anteriormente, a proteção *prima facie* ampla de um direito fundamental pode ser confirmada ou mesmo rejeitada no caso concreto à luz da proporcionalidade. A conclusão do intérprete a esse respeito dependerá, embora não exclusivamente, ao menos em grande parte da avaliação das circunstâncias fáticas.

Essa valorização que a teoria dos princípios confere aos fatos e às circunstâncias implicadas no caso concreto relaciona-se, no processo penal, especialmente com os mecanismos de reconstrução histórica dos fatos descritos em dada imputação ou seja, com a teoria das provas, assim como com toda a tradicional discussão sobre a verdade no processo penal.

A teoria dos princípios então dialoga com o processo penal de maneira profunda e em muitas frentes de análise. Para os fins deste trabalho, contudo, serão realçadas as questões relacionadas com o argumento do crime permanente como fundamento de restrição.

Pode-se dizer com amparo em Virgílio Afonso da Silva (2014) que um modelo teórico baseado no suporte fático amplo não busca fundamentar ou justificar o que está inserido e o que não está inserido no âmbito de proteção de um direito fundamental, tampouco o que seria *prima facie* admissível como restrição (suporte fático restrito), tarefa comum nos manuais brasileiros. Ao contrário, o foco da argumentação desloca-se para “o momento da fundamentação da intervenção” (SILVA, 2014, p.94)

Identificar o horizonte de projeção da teoria dos princípios e, mais especificamente, da matriz teórica do suporte fático amplo dos direitos fundamentais no processo penal é o objetivo específico deste capítulo.

As influências que parecem mais perceptíveis e que serão objeto de análise daqui em diante são: a compreensão do processo com espaço democrático avesso a decisionismos; a reconstrução da ideia de verdade no processo penal; a redefinição do flagrante como cláusula restritiva diretamente constitucional, incapaz de limitar abstratamente a proteção do art. 5º, XI, da CRFB; a refutação do “crime permanente” como fundamento idôneo de restrição, especialmente quando utilizado sozinho e; a efetiva valorização da teoria das provas ilícitas, impondo uma relação necessária de meios e fins para admissão e valoração das provas.

3.2. Convencionalismo penal e cognitivismo processual, duas ferramentas conceituais preliminares para contenção de decisionismos

Como reminiscência do autoritarismo congênito do CPP, fruto do Estado Novo, é preciso perceber que a jurisprudência brasileira continua alinhada a um perfil predominantemente inquisitorial de descoberta da verdade real, o que traz implicações práticas a respeito do déficit de proteção da inviolabilidade domiciliar.

Afinal, se a proteção de um direito fundamental é *prima facie* ampla e só se torna definitiva à luz de dadas circunstâncias fáticas e jurídicas, admite-se que cada caso é revestido de particularidades, assim como que a decisão, existente ou não ao final do julgamento, será fruto da interação argumentativa das partes e do juiz. Nessa perspectiva, é no mínimo problemático dar suporte à “verdade real”.

Ainda assombrada por mitos inquisitoriais, orientada majoritariamente para a neutralização da criminalidade e assumindo apenas acidentalmente uma postura contramajoritária de garante de direitos, especialmente nos casos de tráfico de drogas, a jurisprudência brasileira aproxima-se de modo muito claro ao perfil de “substancialismo penal” que, segundo Ferrajoli (2006), caracteriza sistemas penais não garantistas.

Em apertada síntese, Ferrajoli (2006) identificou a partir da tradição do iluminismo um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal”, que almeja dois objetivos muito claros: a limitação do poder punitivo e a tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Sublinha-se, com o perdão da repetição, o segundo objetivo: a tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Lembre-se, por oportuno, que, no que diz respeito à violação de domicílio, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos preveem expressamente, ao contrário do silêncio constitucional brasileiro, que a proteção contra ingerências arbitrárias é ao mesmo tempo um fim e um dos fundamentos da inviolabilidade domiciliar.

No esquema epistemológico de identificação do desvio penal que dá suporte ao garantismo, Ferrajoli (2006) sublinha dois elementos: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual, categorias cuja apresentação, ainda que sumária, é importante.

A maneira mais simples de compreendê-las dá-se pela apresentação de duplas antagônicas: “convencionalismo x substancialismo” e “cognitivismo x decisionismo”, de maneira que uma postura convencionalista e cognitivista aproxima-se mais do garantismo, enquanto posturas substancialistas e decisionistas dele se afastam.

Entende-se por decisionismo “o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social”. (FERRAJOLI, 2006, p.46).

O convencionalismo penal opõe-se assim ao substancialismo penal e pressupõe duas condições: o caráter formal ou legal – leia-se: não ontológico ou não-substancialista - de definição do desvio penal, o que pode ser lido como reserva legal e, por outro lado, o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas.

Dessa forma entendido, o convencionalismo penal propõe a reserva absoluta de lei ou o que se pode chamar de princípio da estrita legalidade. Trata-se de orientação dirigida ao legislador, a quem se impõe a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.

Dentre outras conclusões possíveis, pode-se extrair do convencionalismo penal a vedação de criação de leis de direito penal de autor, típica do substancialismo que, em suma, usa o crime como pretexto para a reforma moral e espiritual do indivíduo e não como limite da intervenção estatal sobre a liberdade. O substancialismo penal está mais atrelado às normas materiais e, embora importante, não será aprofundado nesta oportunidade.

Por sua vez, e segundo nos interessa de modo mais próximo, o cognitivismo processual acopla-se ao convencionalismo penal como condição de efetividade do esquema epistemológico garantista de identificação do desvio penal.

O cognitivismo processual orienta-se pelo princípio da estrita jurisdicionariedade e está assentado em duas premissas fundamentais: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e a comprovação empírica.

Esse esquema epistemológico apresentado de maneira muito mais aprofundada em “Direito e Razão” (FERRAJOLI, 2006), opõe cognitivismo, cujo objetivo é garantir controlabilidade e racionalidade do poder punitivo, e decisionismo, sendo esse último, segundo nos parece, a marca da jurisprudência brasileira sobre violação de domicílio até aqui.

Como destacamos, os julgados sobre violação de domicílio e tráfico de drogas, via de regra, qualificam o indivíduo como traficante a partir da simples demonstração da existência da droga apreendida e não da prática da atividade do tráfico; lança assim sobre o réu toda a carga negativa de sentidos do vocábulo e associa imediatamente o crime objeto de análise, sem demonstração das etapas lógicas de aproximação, à macro conjuntura do tráfico de drogas no plano local, estadual, nacional e internacional –conforme o fôlego argumentativo – para justificar a partir desse cenário – quase sempre alheio a realidade do caso em julgamento - a necessidade de relativização de direitos fundamentais para encampar a lógica de guerra ou combate às drogas.

A pouca ou nenhuma reflexão sobre o fato e suas circunstâncias é substituída por forte carga argumentativa moral, ontológica, substancialista.

De acordo com Ferrajoli (2006, p.45):

Segundo esta concepção, objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou anti-sociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição.

Fica claro que essa lógica substancialista/decisionista desvia o foco tanto do convencionalismo penal no plano material quanto do cognitivismo processual nos julgamentos.

O cognitivismo processual é, porém, uma postura teórica e prática necessária para verificar ou refutar as hipóteses acusatórias e para a comprovação empírica das etapas sucessivas de obtenção da prova, etapas essas que podem culminar no reconhecimento da própria ilicitude da prova, prejudicial ao julgamento de mérito do pedido condenatório contido na denúncia.

De qualquer forma, na base desse esquema epistemológico que nos serve de base, está a busca de dois resultados ético políticos que merecem ser sublinhados: o valor certeza na determinação do desvio punível e a separação entre direito e moral e entre direito e natureza.

Trata-se, segundo reconhece o próprio Ferrajoli, de um modelo limite, amplamente idealizado e que nunca se realiza completamente.

Logo, precavidos do substancialismo penal e de posturas inquisitivas, inicialmente importará refletir a respeito da verdade no processo penal, e de que modo a questão da verdade está implicada em determinado tipo de sistema processual penal.

3.3. A questão da verdade no processo penal

De saída, apesar da repetição dos manuais, cabe sublinhar que no atual estado da arte do processo penal já não se admite com seriedade a possibilidade epistemológica ou metodológica de se atingir a “verdade real”, a “verdade absoluta” ou mesmo a “certeza” sobre determinado fato no processo.

A verdade real no processo penal não passa de mito construído por sistemas inquisitivos, de ferramenta para o exercício do poder de punir.

Sair em busca da verdade, encontrá-la depois de admiti-la como existente é essencialmente uma estratégia inquisitiva de justificação da punição. Apenas excepcionalmente esta estratégia culmina em absolvição.

Diversos estudos filosóficos e jurídicos já demonstraram o caráter contingencial, incerto da verdade (real, material, processual). Como bem assevera Aury Lopes Junior (2012), o problema hoje se coloca na própria “verdade”.

Pode-se dizer, portanto, que os diversos questionamentos teóricos sobre a verdade como valor e como meta do processo, assim como o aprofundamento das indagações científicas sobre seu sentido trouxeram à luz suas contradições epistemológicas e sua servidão a interesses punitivos. É como se a verdade jamais estivesse comprometida, de fato, com a verdade.

A adoção que se fará daqui em diante da expressão “verdade processual” em detrimento da “verdade real” não olvida o aspecto contingente da própria expressão “verdade” em si. Isso não implica, porém, um niilismo paralisante, senão uma postura hermenêutica de desconfiança.

Carnelutti, já em 1925, assim destaca o já citado Aury Lopes Junior (2012), reconhecia a instabilidade da verdade como valor a ser perseguido e propunha a sua substituição pela ideia de certeza. Todavia, a certeza, perquirida em termos ontológicos, compartilha dos mesmos problemas dirigidos à verdade.

Se a atividade do juiz no campo das provas é sempre recognitiva, distante do momento da efetiva ocorrência do que está sendo apurado; se por princípio de jurisdição o juiz é inerte; e se, no sistema acusatório – mesmo impuro -, cabe-lhe preservar a equidistância e a imparcialidade em relação às partes, a reconstrução possível de fatos passados – verdade ou certeza - ocorre sempre a partir de falas e documentos produzidos por seres humanos, sendo inafastável a subjetividade típica das narrativas. O processo é um espaço em que narrativas contraditórias, ideologias em disputa e versões de verdade se entrecruzam e almejam aceitação.

A questão da verdade é, dessa maneira, um dos eixos problemáticos do processo e a seu respeito muito já foi debatido e sugerido. A doutrina mais recente de maneira geral refuta com veemência a verdade real como categoria ou como preocupação legítima dos juristas, denunciando sua função ideológica.

Todavia, no campo da práxis, a verdade real insiste, ainda hoje, em permanecer como lugar comum, como ferramenta argumentativa usualmente empregada nos momentos de tensão entre a intenção latente de punir e as dificuldades racionalmente impostas pelo esquema epistemológico de identificação do desvio penal, assim como pela natureza acusatória do processo, pelo contraditório e pela ampla defesa.

O *topos* da verdade real, dessa forma, remanesce na prática discursiva judiciária como verdadeira válvula de escape para o substancialismo penal e para decisionismos. Trata-se de argumento de autoridade recorrente e que frequentemente aparece para contrapor-se à autoridade racional de outros argumentos.

Sua incongruência e irracionalidade frente às exigências de um ordenamento construído a partir do compromisso de efetivação de direitos fundamentais é gritante.

Retomando mais uma vez Virgílio Afonso da Silva, a teoria que se baseia no suporte fático amplo dos direitos fundamentais concentra-se no momento da fundamentação da intervenção (2014) o que implica “sobretudo criar exigências de fundamentação para o aplicador do direito, exigências, essas, que levam a uma possibilidade mais sólida de diálogo intersubjetivo e, conseqüentemente, a uma maior proteção dos direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p.124).

O decisionismo, no plano processual, ainda segundo o mesmo Ferrajoli, conduz ao caráter subjetivo do juízo que “na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato” (FERRAJOLI, 2006, p.46).

Noutras palavras, o convencimento do juiz abandona o empirismo da prova em detrimento de considerações utilitaristas – de combate ao crime e de relativização de garantias

como exigência de justiça e de eficiência, ou mesmo morais. Tais posturas degradam “a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador”. (FERRAJOLI, 2006, p.46).

Esses efeitos do decisionismo são claríssimos nos casos de tráfico de drogas em que não se reconhece violação de domicílio. Abandonam-se as regras do jogo, as normas processuais em detrimento de considerações ético-políticas relacionadas à necessidade de combate à criminalidade.

O desprezo pela proteção à intimidade e à vida privada e à inviolabilidade do domicílio, a atenuação ou a rejeição pura e simples da teoria das provas ilícitas e de seus desdobramentos nesses casos desnatura a estrita jurisdicionariedade como pressuposto de um processo justo, subvertendo-o, ao contrário, num espaço formalmente democrático, mas destinado, na verdade, materialmente à consecução de meros justicamentos.

Trata-se daquilo que Ferrajoli (2006, p.46), *mutatis mutandis* identificou como:

[...] atenuação até os limites da arbitrariedade, do poder de rotulação e de inquisição do juiz, que vem a configurar-se, segundo a ocasião, como confessor, psicanalista ou terapeuta social, em todos os casos desvinculando-se de critérios rígidos e certos de qualificação penal. E o juízo penal, da mesma forma que o ético ou estético degenera em “juízo sem verdade”: não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseado em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras do jogo – como ônus da prova e o direito à defesa – que garantam a “verdade processual”, mas confiado à sabedoria dos juízes e à “verdade substancial” que eles possuem.

A verdade, então, para o processo penal de matriz acusatória – exigência democrática - ou seja, não-inquisitorial, deve submeter-se às condições de verificabilidade e de refutabilidade processual, sem nenhuma precedência ou ascendência sobre o contraditório e a ampla defesa.

Diga-se, assim, que a verdade para o processo não trata, pois, de descoberta, mas de consenso construído intersubjetivamente a respeito da ocorrência de um fato e de suas circunstâncias.

Pensando a prova como instrumento de apuração da verdade, Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 17) afirma, nesse sentido, que:

De fato, mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está limitada à

formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão.

A apreensão da verdade como fruto do consenso obtido intersubjetivamente dá-se então pela observância estrita de modelos empíricos predeterminados. Essa verdade baseada na empiria – resultante da atividade probatória das partes – é que deverá subsidiar o pronunciamento judicial sobre a hipótese acusatória aventada na denúncia.

É nítida, portanto, a diferença da verdade para o sistema inquisitório e para o sistema acusatório.

Se no sistema inquisitório a verdade é buscada, no sistema acusatório ela é apreendida da reconstrução histórica e possível dos fatos pretéritos.

Abandona-se a perspectiva de racionalidade da razão instrumental - consistente, em síntese, na tentativa de descobrir a verdade última, a essência das coisas estudadas - e adota-se, paulatinamente, uma racionalidade fundada em processos de comunicação intersubjetiva, comprometida com o entendimento.

É nítida a possibilidade de estabelecer pontes com a teoria da ação comunicativa de Habermas, empreitada que, todavia, neste momento, não será trilhada.

Para Aury Lopes Junior (2012, p.577):

A verdade é contingencial e a legitimação da decisão se dá através da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, onde se situa o processo inquisitório e sua verdade real.

O esforço de depuração do sistema inquisitivo conduz à implantação gradual do sistema acusatório no processo penal constitucional e democrático.

3.4. A verdade possível no sistema acusatório

Para Guilherme Madeira Dezem, que se ampara nas lições de Claus Wilhelm Canaris, sistema é toda ordem axiológica ou ideológica de princípios jurídicos gerais concebida a partir das características da ordenação e da unidade. Sem ordenação e unidade “tem-se tão somente um aglomerado de leis sem qualquer relação entre si, o que, à evidência, não é admissível” (DEZEM, 2015, p.64).

A doutrina processual penal, não apenas a brasileira, costuma identificar os sistemas inquisitivo e acusatório e, a partir das interações entre ambos, denominar um terceiro gênero, chamado de misto, que compartilharia características de um e de outro.

Embora os doutrinadores brasileiros reconheçam a matriz inquisitória da estrutura inicial do CPP de 1941, assim como a gradativa aproximação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório, mais próximo do ideal democrático, ainda remanesce celeuma sobre a efetiva natureza do processo penal atual.

Aqueles que refletem mais sobre a práxis e os efeitos reais que o processo produz, trabalham com a ideia de sistema misto (Fernando da Costa Tourinho Filho, Guilherme Nucci e Gustavo Badaró), também chamado de inquisitório reformado ou napoleônico (Marcos Alexandre Coelho Zilli) ou (neo)inquisitório (Aury Lopes Junior).

Numa perspectiva deontológica, destacando, portanto, o que o processo penal deve ser já sendo, outros doutrinadores alinham-se à afirmação de que o sistema brasileiro, por influência dos valores irradiados pela Constituição Federal, já seria acusatório (Eugênio Pacelli de Oliveira, Geraldo Prado, Fauzi Hassan Choukr, Guilherme Madeira Dezem). Essa posição, também sufragada pelo STF no HC 73.590/SP, permite, parece-nos, a crítica mais clara e contundente dos ranços inquisitoriais permanentes na tradição brasileira.

Na conclusão da obra “Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”, por exemplo, Geraldo Prado (2006, p.241) pontua o entrelaçamento da democracia com o perfil acusatório de processo penal, numa relação de mútua implicância:

[...] a efetivação dos direitos fundamentais só tem lugar em um Estado Democrático, fundado na divisão dos poderes, de tal sorte que o processo penal, espaço jurídico dentro do qual os direitos fundamentais são mais exigidos, tutelados e, em circunstâncias excepcionais, comprimidos, deve ser um processo penal democrático; 4. a democracia no processo penal projeta a tutela dos direitos fundamentais e da disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior e resulta na implementação do princípio da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades principais de acusar, defender e julgar.

Portanto, a partir desse inventário sumário de parcela representativa da doutrina nacional, pode-se dizer que o sistema brasileiro, no plano normativo, deontológico, deve ser acusatório; não obstante, reconhece-se que a permanência de profundos traços inquisitórios ainda mantém o processo penal brasileiro muito mais próximo, numa perspectiva crítica e realista, do sistema misto ou (neo)inquisitório, como propõe Aury Lopes Junior (2012).

De toda forma, admite-se, em plena concordância com as observações de Geraldo Prado (2006), que a democracia impõe o perfil acusatório como modelo ideal a ser perseguido,

sendo sua depuração e implantação uma exigência racional e um vetor indicativo da práxis profissional comprometida com a afirmação dos direitos fundamentais.

Embora a matriz originária do CPP brasileiro seja inquisitória, é certo que, desde a Constituição Federal de 1988, um enorme esforço de compatibilização constitucional vem sendo feito nos planos legal, doutrinário e jurisprudencial.

Uma das principais vertentes dessa tarefa de compatibilização tem sido exatamente a paulatina aproximação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório.

A lei 11.719/2008, responsável por parcela das reformas pontuais de 2008, bem demonstra as idas e vindas desse projeto compatibilizador ainda inacabado.

Conquanto se tenha previsto, *verbi gratia*, a inquirição inicial e direta das testemunhas pelas partes, deixando ao juiz apenas uma atividade secundária de esclarecimento de pontos dos depoimentos não explorados pelos questionadores (art. 212, CPP), por outro lado, manteve forte a atividade inquisitória do juiz ao permitir (art. 156, CPP) que, de ofício, o magistrado ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, bem como que determine no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A simples confrontação desses dois dispositivos deixa claro que não há como falar em sistema acusatório plenamente implementado no Brasil, senão de um esforço legal, complementado pela doutrina e por parte da jurisprudência, de aproximação a seus principais postulados.

De qualquer maneira, para guiar doravante este estudo, tenha-se em mente que a essência do sistema acusatório repousa na equidistância do juiz em relação às partes, que se antagonizam no processo a fim de construir versões plausíveis sobre os fatos em julgamento que, uma vez apreendidas pelo juiz, passarão a gozar do status de verdade processual.

Para Gustavo Badaró (2012, p.266):

A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder. Se assim não fosse, seria melhor que o processo fosse decidido pela sorte, jogando-se dados”.

No sistema acusatório, a verdade não tem essência do ponto de vista ontológico, não é fruto, como já se afirmou, de uma perspectiva substancialista penal, de um saber que está

fora ou acima do processo – manifestações típicas do decisionismos -, tampouco se atrela a um cognitivismo ético de conteúdo moralizador do sujeito ou da sociedade.

Ao contrário, a verdade é um saber/poder apreendido a partir da reconstrução de fatos no e para o processo; deve ser a verdade plausível, o resultado da reconstrução histórica possível segundo as regras do jogo; está atrelada, pois, à plena observância do devido processo legal como garantia do indivíduo e decorre da interpretação dos elementos informativos lícitamente produzidos no curso do inquérito policial, depois transformados em provas se e desde que confirmados em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A propósito, dois outros aspectos da reforma de 2008 reforçam já no plano legal essa concepção de verdade à luz do sistema acusatório.

A atual redação do artigo 155 do CPP²⁵, fruto da Lei 11.690/2008, estabelece que o juiz deve formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo-lhe defeso fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Evidente, nesses termos, que, ainda que os elementos informativos do inquérito policial sejam contundentes, eloquentes, que falem por si só, não poderá o juiz condenar o réu se não houver alguma confirmação suficiente dos fatos em juízo sob contraditório e ampla defesa.

Embora ainda seja possível concatenar provas e elementos informativos para fins condenatórios, conforme a redação atual do art. 155 do CPP, essa talvez ainda seja a maior confirmação de que a verdade real cedeu espaço, no processo penal brasileiro, à verdade processual do sistema acusatório.

Mais do que isso. Haverá casos em que os elementos informativos do inquérito policial, ainda que contundentes, eloquentes, não poderão sequer ser admitidos e esse é um argumento que reveste-se de suma importância.

Elementos informativos obtidos ilicitamente, por exemplo, não poderão servir de lastro à versão acusatória, devendo o juiz rejeitar a denúncia por falta de justa causa, a rigor da atual redação do artigo 395, III, do CPP, com a redação da Lei 11.719/2008.

²⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

3.5. A verdade processual é contingente, historicamente situada e teleológica

Assim, de tudo que foi dito até aqui neste capítulo, deve ficar fixada de maneira clara a seguinte premissa: no processo penal, a apreensão judicial da verdade é intermediada pela relação dialética e intersubjetiva travada entre as partes, que reconstroem os fatos, e pressupõe em cada momento processual a anterior observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por apreensão judicial da verdade entende-se uma atividade diametralmente oposta à pretensão de captar a verdade material ou real sobre os acontecimentos.

Admite-se que a verdade é um discurso contingencial e historicamente situado, sendo certo que, no processo penal, além de tudo, essa pretensão de enunciação da verdade sobre determinados fatos é ainda seletiva, o que torna problemático, ainda por outro prisma, qualquer pretensão de universalidade do que se tem por realidade ou verdade real.

O que se trata como verdade no processo penal não passa, nessa perspectiva crítica, de uma simples hipótese - sempre submetida à presunção constitucional de inocência - que, levantada pela acusação ou pela defesa, submete-se ao devido processo legal e se confirma após passar pelos crivos do contraditório e da ampla defesa.

Nesse modelo de verdade contingencial a exigência de fundamentação constitucional sobre o âmbito de proteção e principalmente sobre as intervenções estatais condensa-se de maneira de modo muito mais forte do que num modelo orientado pela verdade real.

Trata-se, pois, de uma verdade instrumental que se obtém e que se legitima pelo procedimento e que é aceita pelo consenso ou, no limite, imposta pela autoridade da coisa julgada.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Junior (2012, p.576) conclui com acuidade que:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas produzidas em contraditório, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. Ou seja, o poder do juiz não precisa da “verdade” para se legitimar, até porque, sendo ela contingencial, caso a sentença não corresponda à “verdade”, o poder seria ilegítimo. E isso não ocorre, por quê? Porque a legitimidade da decisão é dada pela estrita observância do contraditório e das regras do devido processo penal e ao longo do ritual judiciário, e não em nome de uma (pseudo)verdade nem sempre possível de ser obtida. Logo, diante do excesso epistêmico da “verdade”, importa é o convencimento, formado a partir do que está e ingressou legalmente no processo (significa dizer, com

estrita observância das regras do *due process of law*, vedando-se, por primário, as provas ilícitas contra o réu e coisas do gênero), regido pelo sistema acusatório, devidamente evidenciado pela motivação da sentença (para permitir o controle pela via recursal).

Além disso, cabe ainda consignar que a relação entre prova e verdade não é de identidade.

O que está provado não é necessariamente verdadeiro, assim como o que é verdadeiro, nem sempre estará provado nos autos.

3.6. A verdade processual é estabelecida numa relação necessária de meios e fins

Se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa gozam de prioridade, se são pressupostos para a enunciação da verdade processual, é lógico que a verdade sujeita-se a esses predicados numa relação de dependência, não podendo subverter tal ordem para impor-se em primeiro lugar.

Essa conclusão tem importância fundamental para o estudo das consequências da violação de domicílio que culmina com a apreensão de objetos ilícitos, *e.g.*, drogas, armas e explosivos.

Gustavo Badaró (2012, p.268) explica que a verdade não deve ser buscada a partir da premissa de que os fins justificam os meios:

[...] no caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepidêmicas, desde que fundamentais para a preservar o outro valor em jogo.

Essa relação necessária de meios e fins encontra-se plenamente estabelecida na Constituição e nas leis processuais penais. O art. 5^a, LVI, da CRFB, com efeito, diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. O que não é admissível nas etapas iniciais do processo não pode influir ao final na enunciação da “verdade”.

A simples leitura *a contrario senso* do dispositivo revela, antes mesmo da própria questão da prova ilícita por ele disciplinada, que as provas de um modo geral devem ser admitidas no processo, ou, seja, não ingressam por osmose nos autos, mas por decisão do juiz. No sistema acusatório, típico das democracias, cabe ao juiz a primordial função de tutela dos

direitos fundamentais. Logo, o juiz que não se coloca passivamente como destinatário de toda e qualquer prova, mas, ao contrário, em postura ativa, comprometida, reguladora da plena observância das regras do jogo; seleciona, pois, aquilo que entra e dispensa aquilo que não entra na seara de sua cognição, inclusive deixando claro que apenas o que for obtido de modo ético, legal poderá ser admitido como prova.

Isso significa que a prova ou o elemento informativo obtidos ilicitamente não podem, por exposto comando constitucional, ser admitidos no processo. Se a sentença pressupõe o conhecimento da prova para formação do convencimento e se esse conhecimento pressupõe a persuasão que a prova racionalmente evoca, existe uma ordem inalterável de meios e fins, aspecto que inclusive reforça, ainda que por via oblíqua, a concepção de verdade como fruto da plena observância do procedimento.

Como isso, fica demonstrada a impossibilidade de convalidação de procedimentos ilícitos pela consideração da natureza permanente de um delito.

A obtenção lícita da prova é pressuposto do juízo de mérito sobre a ocorrência de um crime. Trata-se de encadeamento lógico-sequencial inalterável.

3.7. Inadmissibilidade de provas ilícitas

Existe um sentido ético para a proibição de provas ilícitas no processo penal, para a proibição de produção de umas e para a proibição de valoração de outras.

Manuel da Costa Andrade (2013, p.15) ensina a esse respeito que “o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer ele próprio, ao ilícito criminal”.

Conforme Amelung:

O fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar. (AMELUNG apud COSTA ANDRADE, 2013, p.15).

No mesmo sentido, Rogall destaca as proibições de prova como mecanismo de defesa do cidadão contra intervenções estatais:

Para o cidadão as proibições de prova aparecem como instrumento de defesa dos direitos individuais contra a actividade estadual de perseguição criminal. As proibições de valoração emergem e revelam assim do conflito entre os interesses individuais e o interesse da perseguição penal. Só pode afirmar-se a sua existência quando a consideração da concreta situação do conflito faz aparecer a prevalência do interesse individual, porque o princípio do Estado de Direito reclama a garantia e efectivação do bem jurídico individual face à actividade de perseguição do Estado (ROGALL apud COSTA ANDRADE, 2013, p. 33).

Destaca-se ainda que as proibições de prova dizem respeito à vedação de produção e de valoração da prova obtida ilicitamente, enquanto que as regras de produção de prova asseguram a realização da prova no processo penal. (COSTA ANDRADE, 2013).

O processo penal brasileiro, após a reforma de 2008, caminhou claramente para a admissão do regime jurídico das proibições de provas, especialmente a partir da redação do artigo 157 do CPP.

Em linhas muito gerais, o modelo brasileiro atual aproximou-se das *exclusionary rules* do modelo norte-americano, que prevê implicações processuais – proibições de produção ou de valoração - decorrentes provas ilegais.

O conjunto de precedentes formatador das *exclusionary rules* ou “regras de exclusão”, almeja primordialmente fixar fronteiras claras do que é admissível em termos de atividade investigativa policial; tem assim uma intencionalidade normativa clara, uma propensão à intervenção direta da jurisprudência na realidade para determinar se a polícia violou a lei, garantindo a disciplina da atividade policial e desestimulando violações (COSTA ANDRADE, 2013).

Conforme a tradicional lição de Pietro Nuvolone, o gênero das provas ilegais ou vedadas subdivide-se em provas ilícitas, aquelas obtidas com violação de direito material, e provas ilegítimas, assim entendidas as obtidas com violação de regras de direito processual.

Para Thiago André Pierobom de Ávila (2007), o direito material violado deve ter assento constitucional para que se caracterize a prova ilícita.

A Constituição brasileira não define prova ilícita, mas trata de sua inadmissibilidade no processo. Tal inadmissibilidade está estampada no rol do art. 5º configurando-se formal e materialmente como direito fundamental.

O enunciado normativo (art. 5º, LVI) ao tratar de “inadmissibilidade” impõe uma ordem específica e progressiva de avaliação da (i)licitude de todos os atos tendentes à formação do convencimento do juiz no processo penal. Se a consequência da prova ilegítima é a nulidade, a da prova ilícita é a inadmissibilidade e por “inadmissível” deve-se entender “que a prova não

poderá ser juntada aos autos, não poderá fazer parte do conjunto probatório. Tal ideia é compartilhada por Grinover, Scarance e Magalhães. (DEZEM, 2015).

Tais aspectos já problematizam qualquer prova obtida mediante violação de domicílio. Afinal, se a prova não pode sequer ser admitida, ou seja, não pode sequer entrar no processo, com maior razão ela não poderá ser convalidada no momento decisório.

Guilherme Madeira Dezem (2015, p.427-428) explica muito bem as consequências, assim como a lógica desse sistema:

Da inadmissibilidade extraem-se duas importantes consequências: a prova ilícita não pode entrar no processo mas, uma vez tendo entrado, ao ser retirada, não poderá jamais ser refeita. [...]Esta consequência da inadmissibilidade não é muito bem estudada ou compreendida entre nós. Uma das consequências estudadas pelos norte-americanos e que é decorrência da inadmissibilidade é a irrepetibilidade das provas ilícitas. Vale dizer, ocorrida a prova ilícita, então aqueles dados tornam-se de impossível acesso para as partes. Obtida a prova de maneira ilícita, não será possível a sua repetição. Trata-se de mecanismo que serve para desestimular a produção de prova ilícita pelos agentes de Estado. Não se pode esquecer que a teoria da prova ilícita está baseada na reação ao princípio do *male captum bene retentum*, ou seja, “mal colhida, bem conservada”. Durante muito tempo justificou-se a produção da prova ilícita com o discurso de que deveria apenas ser punido quem produziu a ilicitude, mas mantendo-se a prova nos autos”.

Considerando, ademais, a atual estrutura processual, reformada em 2008, que diferenciou elementos informativos (art. 155, CPP) de provas, esse raciocínio fica ainda mais claro.

Se é verdade que a prova pode surgir apenas no curso da própria instrução processual, o mais comum é que a atividade das partes, notadamente da acusação, concentre-se na transformação de elementos informativos – obtidos inquisitorialmente – em provas, submetendo-os ao teste do contraditório e da ampla defesa. Assim, para que fique claro, a versão de um policial transcrita no inquérito é um elemento informativo. Submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, se não refutada, torna-se prova. Um laudo pericial confeccionado durante o inquérito é um elemento informativo que, submetido ao contraditório e à ampla defesa, torna-se prova. Essas provas adquirem aptidão para serem consideradas na formação do convencimento judicial.

O artigo 155 do CPP veda peremptoriamente a condenação com fundamento exclusivo em elementos informativos do inquérito policial. Todavia, admite que o juiz ao condenar complemente a argumentação sobre as provas com evidências eventualmente isoladas no inquérito, ou seja, apenas como argumentos de reforço.

Assim, elementos informativos de autoria e materialidade colhidos na fase inquisitorial só se transformam em prova no processo penal se e quando, submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, mantenham-se hígidos e aptos à consideração judicial.

Os elementos informativos de materialidade obtidos em flagrante de crime permanente, v.g., drogas, devem ser submetidos ao contraditório e à ampla defesa.

Contudo, a leitura atenta do art. 5º, LVI, revela ainda outra etapa prévia à submissão do elemento informativo ao contraditório e à ampla defesa. O elemento informativo deve gozar de aptidão para ser admitido no processo. Só o que é admitido poderá mais tarde ser submetido à instrução processual.

Temporal e ritualmente, a inadmissibilidade situa-se no início do processo e tem a ver com a formação de um processo hígido, ao passo que a proibição estaria mais associada ao momento decisório. Uma coisa é dizer que a prova (elemento informativo) não pode sequer ser admitido, outra é proibir sua utilização como fundamento judicial em face de sua inidoneidade.

A rigor, a análise da admissibilidade ou não de elementos informativos no processo deve ser feita no momento processual de rejeição da acusação (art. 395, CPP). É no momento da rejeição que se avalia a existência de justa causa (art. 395, III, CPP) – assim entendida como elementos mínimos de autoria e de materialidade aptos a subsidiar a acusação.

Como a constituição diz que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, a desconformidade com o comando só pode ensejar a rejeição – total ou parcial – da acusação.

Mas não é só. O artigo 157 do CPP, repetindo parcialmente a redação constitucional, prevê que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Logo, o que não for admissível por ilicitude deve ser desentranhado do processo de ofício ou mediante requerimento.

Na prática, de maneira autoritária, contudo, juízes via de regra deixam de fazer essa análise essencial ao perfil democrático e garantista do processo. Não apenas deixam de rejeitar a denúncia como mantêm elementos informativos ilícitos nos autos, recebendo a denúncia e invocando para tanto o inexistente princípio *in dubio pro societate*. Eis uma demonstração inequívoca de falta de racionalidade e de controlabilidade dos argumentos judiciais passíveis de utilização.

Ao invés de se realizar o controle judicial da justa causa na fase inaugural de rejeição (art. 395, CPP), o que se afigura peremptório, avaliando-se criticamente a existência de elementos informativos obtidos de maneira ilícita, o que se faz é invocar a natureza

permanente do delito como modo de justificação *prima facie* do flagrante, o que só tem sentido segundo a lógica do *in dubio pro societate*.

Pensando a questão pelo prisma da dogmática dos direitos fundamentais, surgem ao menos duas imagens que ajudam a pensar: sob a ótica da teoria interna ou dos limites imanentes estaria sendo afirmado explicita ou implicitamente que, diante de infração penal permanente, não existe proteção do domicílio. É exatamente essa a posição que prevalece hoje no TJSP e no STJ.

Analizando-se criticamente a mesma realidade sob a perspectiva teórica de Alexy, estaria sendo afirmada a possibilidade de ampla intervenção estatal, porém em prejuízo do amplo âmbito de proteção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, uma análise um tanto parcial e prejudicada do suporte fático como estrutura analítica no campo específico do processo penal.

Ocorre que, esse procedimento, sob qualquer das duas perspectivas, mas especialmente na primeira, silencia outros elementos normativos circundantes e de igual dignidade como a proteção contra ingerências arbitrárias prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou a previsão constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas. Parece inexistir fundamentação constitucional adequada na atual quadra da jurisprudência.

Atento ao ponto de partida deste trabalho, cabe recordar que um conceito amplo de direitos fundamentais é mais adequado em estados democráticos, munidos de Constituições protetivas de sociedades plurais, bem como que enunciados de direitos fundamentais, mesmo que contenham cláusulas restritivas diretamente constitucionais, permitem a extração de normas com âmbito de proteção amplo.

Essa leitura, Segundo Virgílio Afonso da Silva (2014, p.94) tem “consequências decisivas não apenas em toda a dogmática dos direitos fundamentais, mas também na atividade jurisdicional preocupada com a proteção desses direitos”.

Além do mais, para saber se determinada intervenção estatal sobre o domicílio configura restrição ou violação de direito fundamental, é preciso entender o sentido jurídico do flagrante, o que permitirá dizer se a prova é lícita ou ilícita.

Vejamos em primeiro lugar seu sentido como cláusula restritiva diretamente constitucional.

3.8. O flagrante como cláusula restritiva e as consequências da adoção da teoria externa das restrições

O problema aqui afunila-se e situa-se precisamente na questão do flagrante como cláusula restritiva diretamente constitucional.

Como se viu anteriormente, uma cláusula restritiva diretamente constitucional costuma induzir a celeumas doutrinárias no que diz respeito à natureza interna ou externa das restrições.

De um lado, alguns autores posicionam-se na linha da teoria interna das restrições e dos limites imanentes, ideias que remetem à imagem de que cada direito já contém em si as condições gerais de cognição do que ele é e ao mesmo tempo daquilo que ele não é. “Limite” coloca-se já no campo do enunciado – e não no da interpretação – como zona perimetral do direito e “imaneente” remete à ideia de algo nele próprio contido. Se a inviolabilidade de domicílio contém as cláusulas restritivas “flagrante”, “desastre” e “prestar socorro”, isso significaria que, num determinado caso concreto, presente quaisquer dessas hipóteses, estaria automaticamente descartada a existência do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar. Vê-se que essa leitura prende-se ao texto normativo confundindo-o com a própria norma e torna absolutamente desnecessário o emprego da técnica do sopesamento, pois ao negar a existência do direito, haverá apenas a plena realização de outro, jamais colisão propriamente dita.

Essa leitura é a que predomina na jurisprudência brasileira.

Todavia, como assevera Alexy (2015) em trecho já discutido anteriormente, esse modo de equacionamento de problemas práticos envolvendo intervenções estatais sobre o âmbito de proteção *prima facie* amplo dos direitos fundamentais tende ao arbítrio por falta de contornos precisos de racionalidade e controlabilidade da decisão. Impede-se por completo a possibilidade de discussão das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, substituindo-se questões probatórias diretamente relacionadas à verdade processual por argumentos de política criminal puramente repressiva e violatórias de direitos. Despreza-se a interpretação em prol de um sentido pretensamente unívoco e neutro.

Bastará, por exemplo, - e é exatamente isso que acontece na prática - indicar em uma breve linha que o tráfico de drogas é crime permanente, que autoriza prisão em flagrante a qualquer momento, para, ato contínuo, superar sumariamente sem maiores delongas os pleitos de ilicitude da prova, de desentranhamento dos autos, de declaração de falta de justa causa, de

responsabilização cível, criminal e administrativa dos agentes públicos envolvidos na intervenção arbitrária etc.

É preciso dizer que esse modo peculiar de decisão simplesmente impede que o acusado, sujeito de direitos, situe o problema da fundamentação constitucional da intervenção estatal como pressuposto jurídico, ético e político da legitimidade da acusação e de eventual condenação.

Note-se que situar o problema ou problematizar a situação são modos de interação da defesa na formação da prova e consequentemente do convencimento judicial; não se trata de pouca coisa ou de algo que vá além do direito do acusado, é, ao contrário, expressão clara dos direitos à ampla defesa e ao contraditório numa perspectiva tendente à superação da mera formalidade.

Vale dizer: quando determinada imputação de um crime ocorre a partir de circunstâncias fáticas e jurídicas indicativas da afetação do âmbito de proteção *prima facie* amplo de um direito fundamental, deve o Poder Judiciário, garante dos direitos fundamentais, incluir dentre suas preocupações primordiais a verificação da licitude dos meios de obtenção da prova que dá justa causa à imputação.

A repetição exaustiva pela jurisprudência do argumento do crime permanente como fundamento suficiente e indiscutível simplesmente não convence em termos de racionalidade fundante do Estado de Direito, embora venha prevalecendo como argumento de autoridade.

Pensando com as ferramentas de Ferrajoli, prevalece o decisionismo em detrimento do cognitivismo processual.

No plano material, impõe-se o substancialismo com perdas imensuráveis para o convencionalismo, reputado como esquema epistemológico de identificação do desvio penal nas democracias. O efeito mais imediato dessa prática é a completa ausência de proteção, *prima facie* ou concreta, do cidadão contra ingerências arbitrárias dos órgãos de intervenção penal.

Afasta-se um direito fundamental sem justificativas acerca do desmonte de seu suporte fático e de suas sub-categorias, precisamente o âmbito de proteção e a intervenção estatal.

Todos esses aspectos e problemas deixam claro que a teoria interna das restrições e os limites imanentes são aportes teóricos incapazes de proteger os direitos fundamentais de modo efetivo, tampouco contribuem para a consolidação de uma jurisprudência racional, política e eticamente legitimada por intermédio do consenso.

Por outro lado, dogmática e de racionalmente, a teoria externa das restrições parece fornecer técnicas e argumentos mais elaborados, capazes de contemplar a complexidade ínsita aos problemas que envolvem afetação de direitos fundamentais.

Cláusulas restritivas diretamente constitucionais não são limites imanescentes, não são restrições internas. Quando presentes - e ainda que presentes - no texto normativo não desnaturam a proteção *prima facie* do direito.

Referidas cláusulas simplesmente indicam, já no plano textual, por opção redacional do legislador constituinte, a possibilidade de restrição ao direito fundamental. O emprego de cláusulas restritivas diretamente constitucionais é, assim, uma técnica que pode ou não ser usada. “Quando houver flagrante”, “quando houver desastre” ou “para prestar socorro” – existindo de fato essas circunstâncias fáticas e jurídicas - será possível restringir o direito fundamental no caso concreto.

O âmbito de proteção e a possibilidade de intervenção estatal são *prima facie* amplos, quer se empregue essa técnica quer não. Em um dado caso concreto, o confronto entre as razões de proteção e de intervenção depurará a existência de violação ou de restrição. Fará valer, noutras palavras, os interesses do indivíduo, destinatário do direito fundamental, ou os interesses do Estado, portador de outros interesses. De todo modo, o Poder Judiciário terá os dois ouvidos e os dois olhos atentos, um para cada parte, mantendo em aberto a possibilidade de discussão tanto da legitimidade da intervenção estatal, quanto da violação de um direito fundamental, questão que estará colocada precisamente no plano das provas e não mais no argumento incontrolável do crime permanente.

Sem omitir que o embate entre a teoria interna e a externa das restrições, este trabalho opta por razões já esclarecidas o enfoque da teoria externa. A existência – ou a possibilidade de configuração - de flagrante não afasta, por si só, *prima facie* o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Apesar de nadar contra o remansoso leito da jurisprudência brasileira nesse tema, remanesce a possibilidade acadêmica de discussão, seja porque existem boas razões teóricas para tanto, seja porque recentemente o Supremo Tribunal Federal deu novo folego à questão no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO.

Além dessa perspectiva teórico-constitucional, existe outra acepção de flagrante atrelada a seu delineamento processual.

3.9. O flagrante como instituto processual penal

No Brasil, o flagrante é a forma mais comum de início da persecução penal. Não raro, as comunicações de prisão em flagrante que chegam às varas criminais e mobilizam o sistema de justiça como um todo, revelam, quando muito, uma conduta isolada e não o fruto de uma ação planejada ou controlada. Não permitem enxergar a inserção da conduta numa rede mais complexa de criminalidade, por exemplo. Determinado flagrante que possa ser a “ponta de um iceberg” quase sempre passará despercebido. Pune-se caso a caso, sem inteligência policial, embora os efeitos sociais sejam drásticos. O crescimento vertiginoso da população carcerária à espera de julgamento em contraste com os índices de criminalidade estáveis ou crescentes é um argumento recorrente. Em termos de uma política séria de segurança pública prende-se mal, portanto.

Em termos gerenciais, isso é fruto claro da falta de investimento na polícia judiciária. Há concausas sociológicas, políticas e históricas, evidentemente, mas no que diz respeito à gestão da segurança pública, ponto para onde a atenção agora se dirige de modo específico, pode-se dizer que há acento claro na repressão, com menoscabo à investigação e à inteligência. Se a inteligência policial pode levar à prevenção, a falta de inteligência acentua o perfil repressor do Estado. Não se trata de crítica à polícia como instituição, mas de crítica à política de progressivo desaparecimento da polícia judiciária.

A falta de delegados de polícia e de policiais civis, de delegacias aparelhadas, de formação continuada de servidores, de investimento em tecnologia, dentre outros fatores que aqui não cabe indagar, conduziu a uma realidade em que não se investiga de modo metodologicamente orientado. Uma consequência é o predomínio da atividade repressiva da polícia militar, que patrulha seletivamente em determinadas áreas dos centros urbanos à procura de certos crimes em detrimento de uma infinidade de outros e de certo perfil de autor.

Em termos estritamente processuais, após a Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante tornou-se uma categoria pré-cautelar em relação à prisão preventiva. Diz-se com isso que o flagrante deixa de ser modalidade autônoma de aprisionamento sem pena.

Anote-se que essa transmutação consiste numa etapa programada e avançada de aperfeiçoamento da compatibilização do processo penal à Constituição. Outrora, conheciam-se como modalidades de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a prisão decorrente de sentença penal condenatória – agora ressuscitada pelo STF no julgamento do HC 126.292– a sentença decorrente de pronúncia, a prisão temporária e a prisão preventiva.

Hoje, em termos sistêmicos, anotando-se a discussão existente na doutrina sobre a própria recepção da prisão temporária, tem-se a prisão preventiva como a expressão mais fidedigna de prisão cautelar, marcada indelévelmente pelas características da necessidade e da adequação com o que se pode ler nas entrelinhas a pretensão do legislador de atrelar seu uso à proporcionalidade.

Nessa perspectiva constitucionalizada, a prisão no processo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é reputada legalmente como excepcional (art. 282, §6º, CPP) e pressupõe demonstração concreta de necessidade e adequação (art. 282, I e II, CPP), bem com o não cabimento de medidas cautelares alternativas (art. 319, CPP).

Esse conjunto de preocupações cria – ou almejou criar – constrangimentos argumentativos claros à decisão de decretação da prisão preventiva, tornando clara a liberdade como valor a ser respeitado.

Assim, deparando-se com comunicação de prisão em flagrante, não mais se admite que o juiz mantenha a prisão em flagrante “por seus próprios e jurídicos fundamentos, aguardando-se a conclusão do inquérito policial”. Ao contrário, o flagrante como medida pré-cautelar reclama a imediata e minuciosa análise judicial dos fatos contidos na comunicação. Constatando ilegalidade, deverá o juiz promover imediato relaxamento. Por outro lado, constatando a legalidade da prisão, deverá o juiz esclarecer as razões pelas quais não restitui a liberdade, que não é mais provisória, mas regra. Se a prisão for legal, só poderá ser decretada a prisão preventiva se necessária (art. 282, I, CPP), adequada (art. 282, II, CPP) e desde que não se afigurem concretamente cabíveis as medidas cautelares alternativas do art. 319 do CPP. Noutras palavras, deverá o juiz reservar a prisão preventiva para os casos em que, superados os constrangimentos argumentativos supramencionados, fizerem-se presentes de maneira concretamente demonstrada os requisitos do art. 312 do CPP.

3.9.1 Conceito de flagrante

O flagrante está previsto exatamente no dispositivo constitucional objeto de estudo deste trabalho. A Constituição brasileira vigente prevê sua existência no exato momento em que consagra a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CRFB). Sua importância, porém, não se exaure nessa temática.

Os contornos fundamentais do flagrante estão presentes no CPP, cabendo destacar que se trata de um dos institutos mais importantes na estrutura do processo na medida em que está atrelado ao início da persecução penal, funcionando com predominância sobre outros institutos processuais como explicação, causa e justificação da atividade estatal de repressão e prevenção ao crime.

É em primeiro lugar um ato administrativo que pode dar-se perante a prática de qualquer infração penal, sem necessidade de autorização judicial e que não se confunde com sua posterior documentação: a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Como visto, após a reforma de 2011, deixou de ser considerado causa autônoma de aprisionamento e passou a ser medida pré-cautelar. Bem pensado, o flagrante não deveria jamais ser pensado como causa autônoma de aprisionamento, pois sua legalidade sempre esteve submetida à dupla e progressiva análise da autoridade policial e do juiz de direito, nesta ordem.

Apesar da reforma de 2011, remanescem, todavia, inalteradas as modalidades de flagrante dos artigos 302 e 303 do CPP.

Eis um problema de reformas parciais. Modulou-se a função do flagrante no sistema processual, mas não seu conceito, o que pode levar a problemas interpretativos, especialmente porque o conceito e principalmente a possibilidade de seu alargamento de sua abrangência carrega em si a possibilidade de albergar posturas autoritárias como se verá logo adiante.

Numa primeira abordagem, flagrante, de maneira até mesmo intuitiva, remete à ideia de algo visível, perceptível a olho nu.

Assim é que Frederico Marques (1968, p.64) de maneira lapidar introduzia o estudo do instituto dizendo em obra clássica do processo penal brasileiro que:

Na verdade, flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente lícita. Há assim a “certeza visual do crime”, pelo que a pessoa, que assiste à cena delituosa, pode prender o seu autor, conduzindo-o, em seguida, à autoridade competente.

Bem fixada essa ideia geral, quase ontológica e incontornável, de “certeza visual do crime”, - expressão de autoria do Desembargador mineiro Rafael Magalhães, noticiada por Espínola Filho e adotada por Frederico Marques -, pôde a doutrina desde os primórdios da análise do CPP de 1941 identificar as modalidades de flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP), impróprio ou quase flagrante (art. 302, III, CPP), flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV) e, por fim, o flagrante de crime permanente (art. 303, CPP).

Dentro dessas classificações muitas outras existem na doutrina. O próprio flagrante próprio, segundo Carnelutti, em lição recuperada por Frederico Marques, pode ser subdividido em flagrante total, no qual o desenvolvimento completo do crime é presenciado, e flagrante parcial, no qual apenas a parte final do *iter criminis* é presenciada.

Além dessas classificações tradicionais, atreladas às hipóteses específicas dos artigos 302 e 303 do CPP, existem ainda outras, decorrentes de leis especiais e que não serão objeto de aprofundamento, como por exemplo, o flagrante retardado ou diferido.

3.9.2 *Flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP)*

Flagrante próprio é aquele que está sendo cometido ou que acabou de ser cometido numa relação de mais lúdima imediatidade; não há lapso temporal algum entre o início dos atos executórios ou a consumação e o momento em que o agente é surpreendido por qualquer do povo ou pela polícia. É a hipótese na qual normalmente se subsume o crime tentado. A certeza visual do crime é sua característica mais exuberante.

3.9.3 *Flagrante impróprio (art. 302, III, CPP)*

No flagrante impróprio a imediatidade é mitigada pela expressão “logo após” e permite o decurso de certo lapso temporal entre o início dos atos executórios ou da consumação do delito e o início de atos característicos de perseguição que culmina com a efetiva captura do autor do crime.

3.9.4 *Flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV, CPP)*

Nessa modalidade a certeza visual está enfraquecida, mas permanece a certeza do crime em decorrência da inferência feita a partir da localização de alguém que é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que indiquem ter sido ele o autor da infração.

Há nítida orientação de política criminal permissiva do flagrante como ato administrativo pré-cautelar, que deve ser objeto de análise e reflexão ainda mais detida acerca de sua ocorrência e legalidade tanto por parte da autoridade policial quanto e principalmente por parte do juiz de Direito.

3.9.5 *Flagrante delito de infração permanente (art. 303, CPP)*

Permanente é a infração cujo momento consumativo protraí-se no tempo. Trata-se de uma classificação doutrinária que considera o momento consumativo do crime, identificando, por conseguinte, crimes instantâneos, instantâneos de efeitos permanentes e permanentes.

Não existe explicação doutrinária acerca de sua gênese, dos motivos de política criminal implicados na enunciação dessa categoria, mas infere-se da leitura conjugada de diversos autores que sua importância é prática e diretamente ligada à possibilidade de configuração de flagrante, o que inclusive reflete-se na redação do artigo 303 do CPP que diz: *“Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”*.

Segundo a lição de René Ariel Dotti (2012, p.479):

Crime permanente é aquele em que a consumação de protraí no tempo. Em tal situação, remanesce a ofensa ao bem jurídico protegido, como ocorre com o sequestro e o cárcere privado (CP, art. 148). A perda da liberdade (bem tutelado) persiste enquanto a vítima continua em mãos dos delinquentes ou no cativeiro. Nas infrações de caráter permanente, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (CPP, art. 303) e a prescrição da ação penal (prescrição da pretensão punitiva) somente começa a correr do dia em que cessou a permanência (CP, art. 111, III).

Essa é toda a lição contida em Dotti, um dos autores da reforma penal de 1984.

A mesma economia na reflexão dos desdobramentos dessa classificação doutrinária repete-se noutros autores.

Damásio de Jesus (1999, p.193-194), vai um tanto além; depois de explicar que *“crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo”*, ensina que o crime permanente possui duas fases: uma de realização do fato descrito pela lei, de natureza comissiva e outra de manutenção do estado danoso ou perigoso, de caráter

omissivo (JESUS, 1999, p.194). Distingue ainda crimes necessariamente permanentes, “*em que a continuidade do estado danoso ou perigoso é essencial à sua configuração. Ex. sequestro*)” de crimes eventualmente permanentes em que “*a persistência da situação antijurídica não é indispensável, e se ela se verifica, não dá lugar a vários crimes, mas a uma só conduta punível. Ex. usurpação de função pública (CP, art. 328)*”. (1999, p. 194).

O tráfico de drogas nas modalidades guardar e ter em depósito estaria igualmente alocado nessa categoria de crime eventualmente permanente.

Destaca-se ainda a pertinente conclusão de que: “*Nesse crime, qualquer momento posterior ao ato inicial pode ser designado pela forma equivalente ao particípio presente do verbo da figura típica (estar sequestrando)*”. (JESUS, 1999, p.194). *Mutatis mutandis*, no tráfico de drogas em que se configure guarda, qualquer momento posterior ao ato inicial de guardar equivalerá a estar guardando.

Em termos funcionais, Damásio repete que a pertinência da classificação está ligada a problemas sobre prescrição, competência territorial, sucessão de leis, legítima defesa, concurso de agente e flagrante.

3.10. Desdobramentos processuais do tráfico de drogas como infração permanente

A localização de drogas, armas, munições, explosivos ou de quaisquer outros objetos típicos de crimes de posse, guarda ou depósito – classificados como permanentes segundo o momento consumativo - mediante violação de domicílio – ou seja, mediante uma intervenção estatal limitadora do âmbito de proteção da inviolabilidade domiciliar sem fundamentação constitucional – catalisa uma série de problemas processuais que estão na base das preocupações que orientam esta pesquisa.

O primeiro é o da existência ou não de flagrante nesses casos.

Sendo diversas as possibilidades fáticas do tipo de objeto a ser apreendido, usaremos doravante e com predominância o exemplo da localização de drogas, até porque trata-se da hipótese cuja incidência é de fato maior e mais problemática no dia a dia.

Desde já, é preciso ressaltar que existem dois planos passíveis de análise sobre a existência do aludido flagrante.

O primeiro, diz respeito à ação propriamente dita da polícia que, invocando suspeita, denúncia anônima, conhecimento prévio do morador etc, ingressa no domicílio alheio

acreditando legítima a ação, ainda que inexistisse certeza visual do crime, amparada na ideia já disseminada na cultura policial e no conhecimento prévio da prática judiciária da cidade onde atua, de que o crime é permanente e que essa é uma justificativa incontornável.

A ação do policial pode ser considerada pela autoridade policial a quem a droga é apresentada como lícita ou ilícita. Nesse segundo caso, estaria, ao menos em tese, configurado abuso de autoridade, ainda que se pudesse invocar em defesa do agente público a ocorrência de erro de tipo, por exemplo.

De todo modo, essa pressuposição de legitimidade da ação policial baseada na cultura institucional militar – e também da polícia judiciária – e na sedimentada jurisprudência convalidatória de tais atos, ora abalada de alguma maneira pelo julgamento no RE 603.616/RO no STF, passará pelo primeiro filtro de análise a cargo da autoridade policial a quem a materialidade do crime é apresentada.

Há de se distinguir sem demora “flagrante”, ato material de interrupção da ocorrência do crime, de “lavratura do auto de prisão em flagrante”, ato exclusivo da autoridade policial que reveste o ato policial de sentido jurídico. Trata-se da confirmação provisória da legalidade do ato que será imediatamente submetido ao crivo do juiz de direito para confirmação da licitude ou ilicitude do flagrante e de sua lavratura, bem como para análise da necessidade e da adequação da prisão preventiva, substituindo-a sempre que possível por medidas cautelares alternativas à prisão.

Esse é um primeiro sentido de flagrante, necessário para a justificação inicial da conformidade constitucional dos atos materiais praticados pelos órgãos de repressão que atuam mais próximos da realidade.

Assim, se a polícia tem a certeza visual da ocorrência do crime, a intervenção estatal estará autorizada em face da cláusula restritiva diretamente constitucional. Dificilmente a defesa terá êxito imediato na alegação de que a intimidade, a vida privada ou a inviolabilidade domiciliar foram desrespeitadas.

Se por outro lado, a polícia tem mera suspeita, decorrente, por exemplo, de denúncia anônima ou do conhecimento prévio dos antecedentes criminais do morador ou de algum dos habitantes do imóvel, e decide ingressar no recinto para uma busca aleatória cujo fruto é a efetiva localização de drogas, ou armas, explosivos ou qualquer outro objeto passível de caracterização de crime permanente, estará instaurada dúvida acerca da convalidação do ato ilegal, pois, afinal, haverá efetiva caracterização, ainda que *a posteriori*, da violação de domicílio anterior ao flagrante, cláusula restritiva diretamente constitucional inexistente no

caso concreto, segundo essa ordem de análise que parece a única admissível em termos processuais.

Mas há ainda um segundo momento e uma segunda clivagem de análise sobre o flagrante como cláusula restritiva diretamente constitucional. Trata-se da atribuição de sentido à ação policial no curso da relação processual marcada pelo contraditório e pela ampla defesa.

Ainda que a apreensão da droga tenha sido considerada inicial e provisoriamente lícita, mantendo-se naquela primeira análise judicial a lavratura do auto de prisão em flagrante como mecanismo de inauguração do inquérito policial, é certo que, havendo denúncia, deverá a defesa opor à imputação do crime a determinado autor, a imputação ao Estado da prática de intervenção estatal violatória do domicílio, prejudicial à própria admissibilidade do processo por falta de justa causa e, com maior razão, prejudicial à condenação, ainda que no plano fático tenha havido a interrupção do evento criminoso.

Noutras palavras, como esclareceu o STF no julgamento do RE 603.616/RO, caberá ao Judiciário formular *controle a posteriori* da legitimidade da ação policial que deu azo à persecução penal.

A questão do controle *a posteriori* constitui uma das preocupações centrais desta pesquisa.

Para caracterização *a posteriori* da legalidade do flagrante, ou seja, no curso da relação jurídica processual, importará saber se o flagrante prevalece sobre o meio ilegal de obtenção da materialidade do crime, o que implicará convalidação, ou se, pelo contrário, existe uma ordem obrigatória, normativamente imposta do início da ação para o fim, ou seja, se deve haver controle do encadeamento lógico-sequencial dos atos de investigação.

Note-se que a questão coloca-se em diversos momentos da persecução criminal, mas sempre e precisamente na relação entre meios (interventivos/de investigação) e fins (apreensão da droga e neutralização da atividade criminosa), de modo que parece suscetível de análise segundo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da intervenção estatal. Em suma, a tensão entre liberdade e segurança pública situa-se no plano, ou deve situar-se, no plano da ponderação de princípios.

Lembre-se, por oportuno, que, segundo o aporte teórico anteriormente apresentado, não há colisão entre princípios e regras, mas apenas entre princípios. Por isso, à inviolabilidade domiciliar devem ser opostos outros princípios e não a regra do artigo 303 do CPP que prevê o flagrante de crime permanente. Geralmente, como se verá mais tarde na parte empírica deste trabalho, a jurisprudência costuma opor – quando opõe – à inviolabilidade domiciliar o direito social à segurança pública.

Mas não é só. Além de estabelecer que essa discussão é relevante em todo caso em que se avenge possível restrição/violação do âmbito de proteção *prima facie* amplo da inviolabilidade domiciliar, é preciso questionar qual o momento adequado dessa análise e quais as suas consequências processuais, já que, como visto, existem ao menos dois momentos de análise da licitude da ação policial: o da apreensão propriamente dita, que culminará, ato contínuo, na lavratura de auto de prisão em flagrante e na subsequente análise de licitude ou não da prisão pelo juiz e, o segundo momento, o do processo propriamente dito, no qual a tese acusatória estará lastreada em prova de discutível licitude.

Um leque enorme de questionamento se abre: Seria possível ao próprio delegado de polícia deixar de lavrar auto de prisão em flagrante quando caracterizada a violação de domicílio como meio de apreensão das drogas? Seria seguro proceder assim quando de maneira pacífica a jurisprudência se inclina pela legalidade da apreensão em face da natureza permanente do delito, convalidatória de eventuais violações – sob pretextos variados como por exemplo o âmbito de proteção restrito, a teoria interna ou dos limites imanentes das restrições? Lavrado o auto de prisão em flagrante e apresentado o detido para audiência de custódia, poderia ele, desde já, invocar a violação? Poderia o juiz reconhecer a ilicitude da prova e utilizar esse fundamento para a liberação do custodiado, concedendo-lhe o relaxamento da prisão em flagrante em face de sua ilegalidade? Poderia o promotor de Justiça denunciar o acusado quando os elementos informativos do auto de prisão em flagrante explicitarem que a materialidade foi recolhida mediante violação de domicílio? Existindo denúncia nesses termos, caberia ao juiz rejeitar a denúncia por falta de justa causa (art. 395, III, do CPP)? A não rejeição torna viável o trancamento do processo pela via do *habeas corpus* ou a matéria implica revolvimento fático-probatório inadmissível pela via do remédio heroico? As dificuldades impostas à análise desse tema pela via do *habeas corpus* caracterizam teratologia, permitindo excepcionar o súmula 691 do STF? Se não houver rejeição liminar da denúncia, poderia o juiz rejeitá-la na fase da absolvição sumária após a argumentação feita pela defesa na resposta à acusação? No campo probatório, durante a instrução, a quem deve ficar atribuído o ônus da prova em relação à lisura do modo de obtenção da materialidade do crime?

Todas essas indagações, dentre tantas outras passíveis de formulação, serão respondidas, certamente, segundo a perspectiva de Direito de cada operador, mas especialmente da posição do juiz, que poderá, para tanto, trabalhar com um conceito restrito ou com um conceito amplo de direitos fundamentais.

3.11. O encadeamento sequencial da ação policial e sua relevância segundo a redação do art. 157 do CPP

Comumente, a polícia militar, assumindo impropriamente a função investigativa típica da polícia civil, baseando-se em mera suspeita de caráter quase sempre intuitivo ou em alegada denúncia anônima, invade domicílio sem certeza da ocorrência de crime e, uma vez violado o domicílio, encontra drogas, apresentando ato contínuo o responsável por elas à autoridade policial.

A esquematização doravante apresentada reflete mais a perspectiva deontológica do processo penal do que aquilo que efetivamente vem ocorrendo na prática. De todo modo, convém refletir em termos ideais como deveria se dar o sopesamento dos elementos fáticos e jurídicos contidos na comunicação de prisão em flagrante ou na denúncia com as regras processuais hoje estabelecidas no CPP brasileiro.

Logo de início, supondo que o delegado de polícia venha a lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante (art. 304, CPP), este deverá ser comunicado imediatamente ao juiz de direito competente, ao Ministério Público e a familiares ou pessoa indicada pelo preso (art. 306, caput, CPP), bem como à Defensoria Pública em até 24 horas, se ausente advogado constituído pelo detido (art. 306, §1º, CPP).

Embora seja absolutamente incomum, a natureza ilícita dos elementos informativos apresentados na ocorrência policial poderá ser considerada logo de início para fins de caracterização e lavratura do flagrante pelo delegado de polícia ou ainda pelo juiz de direito imediatamente comunicado da lavratura.

No julgamento do RE 603.616/RO, *verbi gratia*, debateu-se acerca da conveniência da antecipação dessa análise já para o momento da audiência de custódia, em vias de implementação no Brasil.

Cabe ao juiz de direito comunicado pela autoridade policial, portanto, logo no introito da persecução penal, perquirir sobre a licitude ou não da prisão em flagrante, bem como dos elementos informativos que lhe dão suporte. Se considerar ilícita a prisão, deve o juiz determinar seu imediato relaxamento (art. 5º, LXV, CRFB e art.310, I, CPP); se, todavia, reputar lícitos o flagrante (art. 310, II, CPP) e os elementos informativos de fundo, abre-se cognição sumária acerca da necessidade e da adequação da prisão preventiva (art. 282, caput, CPP c.c. art. 310, II, CPP), cuja natureza é excepcional (art. 282, §6º CPP), e da suficiência de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP).

Note-se que o reconhecimento pelo juiz da natureza ilícita dos elementos informativos obtidos mediante violação de domicílio, não impedirá a abertura de inquérito policial por meio de portaria caso existam outros elementos autônomos de materialidade e de autoria.

Toda essa análise deverá ser feita igualmente pelo Ministério Público, fiscal da lei, a quem compete tomar as providências cabíveis, opinando num ou noutro sentido. Parece recomendável que, após o relatório do inquérito policial, promova-se o arquivamento, com as ressalvas do art. 18 do CPP, se for constatado que o único suporte da imputação seja a prova obtida mediante violação de domicílio.

Em caso de denúncia amparada apenas na prova ilícita e na palavra dos policiais autores da própria violação, caberá ao juiz considerar a possibilidade de rejeição da denúncia (art. 395, III, CPP), exatamente porque “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (art. 5º, LVI, CRFB e art. 157, caput, CPP).

Obviamente, cabe destacar que, dos pontos de vista teórico, ético e político, será inadmissível invocar o inexistente *in dubio pro societate* em qualquer fase do procedimento. Esse argumento, assaz comum na prática, é um estratagema para não aplicar o rigor da lei quando ela se volta contra os abusos praticados pelo próprio Estado.

A reforma do processo penal de 2008 deixou muito claro, no seu esforço de compatibilização constitucional e de forte aproximação do sistema acusatório, que o processo não se compraz com provas ilícitas. Quando identificadas, elas devem ser coarctadas desde o nascedouro, mediante ordem de desentranhamento dos autos (art. 157, caput, CPP com a redação da Lei 11.690/2008), bem como promovendo-se legítima rejeição liminar da denúncia (art. 395, III, CPP com a redação da Lei 11.719/2008).

Infelizmente tudo isso não passa, até aqui, de esforço teórico.

Na prática, a violação de domicílio tem sido tese frequente e exclusiva da defesa, uma verdadeira luta contra moinhos de vento. Note-se: a defesa, via de regra, só fala, nos casos de tráfico, após a notificação do acusado para apresentação de defesa prévia, ou seja, em fase posterior à análise de rejeição da denúncia. De mais a mais, ainda que venha a sustentar ausência de justa causa por ilicitude da prova que dá embasamento à narrativa da denúncia, dificilmente, na verdade quase nunca, ocorrerá a rejeição.

Destaca-se, por oportuno, que embora a Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas - não preveja especificamente a rejeição da denúncia, o CPP se lhe aplica, por força do art. 394, §4º, do CPP.

No procedimento específico da Lei de Drogas, portanto, a fase de rejeição da denúncia é simplesmente olvidada ou, no mínimo, deixa-se de considerá-la seriamente, o que demonstra que os juízes simplesmente não apreciam a ilicitude da prova no momento oportuno, preferindo a cômoda via do *in dubio pro societate*.

Em termos legais, porém, é nítido que a consequência jurídica da prova ilícita, qual seja, sua inadmissibilidade, ocorre a partir da forma como ela foi obtida. Isso porque o verbo “obter” aparece tanto na disposição constitucional quanto na redação do artigo 157, *caput*, do CPP.

Assim, a ordem de análise é normativamente estabelecida do começo, pela questão “como se obteve a prova?”, para o fim: “o que se obteve?”. É simplesmente vedado o raciocínio inverso, que busca justificar a violação pela gravidade do crime identificado.

Note-se que a lei trabalha pois com juízos progressivos, com um encadeamento lógico-sequencial de análise, vedados juízos regressivos, geralmente convalidatórios de ilegalidades.

3.12. A insuficiência dogmática do crime permanente como justificativa de restrição à inviolabilidade domiciliar

O argumento do flagrante de crime permanente não pode, por si só, servir de fundamentação suficiente para intervenções estatais no âmbito de proteção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Falta-lhe suficiente racionalidade. Sua pouca ou nenhuma sustentação dogmática é inversamente proporcional aos grandes danos provocados por seu sentido neutralizante da inviolabilidade do domicílio.

Não é o simples fato de existir o vocábulo “flagrante” na redação do art. 5º, XI, da Constituição Federal que credencia o intérprete – o legislador infraconstitucional ou o juiz – a preenché-lo com qualquer sentido.

Conforme pertinente observação de Manuel da Costa Andrade (2013, p.38-39):

Aqui avulta, desde logo, o argumento da natural autonomia e excentricidade que separam entre si o problema e o programa constitucional, por um lado, e o da lei ordinária, por outro. A demarcação feita em sede constitucional do campo de compreensão possível dos direitos fundamentais, a cobrir pelo legislador, não equivale sem mais à sua actualização normativa. A tanto se opõe a insuprível mediação do legislador ordinário que, na economia do Estado de Direito (separação

de poderes e reserva de lei) subjectiviza a política criminal e a quem compete, por isso, a superação normativa dos conflitos necessários à sua concretização. Não será por isso, bem fundamentada a jurisprudência constitucional que advoga a admissibilidade de medidas restritivas dos direitos fundamentais com base apenas no facto de o legislador ordinário estar constitucionalmente legitimado a sancioná-las. Não será, noutros termos, possível passar por sobre a redução da complexidade operada pelo legislador ordinário, através sobretudo do Código de Processo Penal.

Do trecho transcrito, ganha especial importância a afirmação de que o texto constitucional demarca o “campo de compreensão possível dos direitos fundamentais”. Logo, seja pelo seu carácter ético político fundante, bem ressaltado por Ferrajoli ao cunhar a expressão “esfera do indecível”, seja pela caracterização dos direitos fundamentais como princípios ou mandamentos de otimização, não se pode admitir a sobressalência de um determinado sentido de flagrante existente apenas na legislação infraconstitucional.

Não é suficientemente convincente a invocação dessa modalidade de flagrante, mormente quando ela passa a funcionar isoladamente como fundamento suficiente de restrição. Afinal, como bem observado no trecho transcrito, é mal fundamentada a decisão que restringe direitos fundamentais com amparo apenas naquilo que o legislador infraconstitucional sancionou.

Daí a importância da consideração tanto do âmbito de proteção quanto da intervenção estatal *prima facie* amplos, os quais exigirão a consideração pormenorizadas das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto para enunciação do que é justo.

O panorama constitucional e processual apresentado até aqui condensa, enfim, dois aspectos: o primeiro, atrelado à teoria do direito e à hermenêutica constitucional, referente ao sentido ético político dos direitos fundamentais numa dimensão estática e ao o suporte fático dos direitos fundamentais numa dimensão dinâmica; o segundo aspecto vinculado ao sentido de “verdade” nesse contexto, ao sistema processual acusatório e à relação obrigatória de meios e fins no campo das provas.

Nesse sentido, Manuel da Costa Andrade (2013, p.22), explica que:

Em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal.

Perceba-se que se o argumento do flagrante de crime permanente estabelece-se como a preocupação inicial do juiz, tal fato invariavelmente conduz à convalidação de ações que *ex ante* são teórica e faticamente violatórias do domicílio²⁶.

Como bem asseverado por Guilherme Madeira Dezem (2016, p.642) em comentários à decisão proferida no RE 603.616/RO:

Em princípio o acórdão mostra-se correto em sua concepção: caso haja a demonstração concreta da ocorrência de crime, então será possível a entrada no domicílio sem qualquer violação constitucional. Também correto se mostra o STF quando estabelece que deve haver indicação concreta *a posteriori* dos motivos que ensejaram a busca e apreensão.

O problema reside justamente neste ponto: na análise dos motivos que levaram à entrada do domicílio sem mandado. Não se pode fazer aqui o raciocínio do resultado para a ação desenvolvida, valendo-se do resultado como legitimador da conduta. Este raciocínio pernicioso põe ao chão a proteção constitucional do domicílio.

Explico melhor, o fato de ter sido encontrada droga no domicílio não significa, necessariamente, que a conduta desenvolvida pelos agentes foi correta. Da mesma forma, não encontrar nada não significa que a conduta dos agentes foi ilegal.

O argumento da natureza permanente do delito como fundamento suficiente para justificar a intervenção estatal sobre o domicílio provoca, de modo muito sintético: a desconsideração do âmbito de proteção *prima facie* amplo da inviolabilidade de domicílio; a excessiva valoração da intervenção estatal em detrimento do sentido global do suporte fático; a restrição sem fundamentação constitucional (leia-se: violação); e o desprezo a qualquer técnica de sopesamento.

Já no campo processual, seus efeitos mais claros incidem na mitigação do modelo acusatório, na retomada da busca da “verdade real” e no empobrecimento do processo como espaço dialético.

Além desses efeitos, surge ainda o questionamento sobre o sentido do emprego desse argumento como padrão ou *standart* argumentativo.

²⁶ TJSP - HABEAS CORPUS – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – INOCORRÊNCIA. A caracterização da prática de crime de tráfico de entorpecentes, cuja natureza é de crime permanente, autoriza a entrada dos policiais na residência do agente, independente de autorização judicial, a fim de cessar a ocorrência da prática delituosa. PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR – INOCORRÊNCIA. Decisão suficientemente embasada na presença dos requisitos do artigo 312 Código de Processo Penal, acrescida dos indícios de autoria e materialidade delitiva. ORDEM DENEGADA. (Relator(a): Willian Campos; Comarca: Capivari; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 12/11/2015; Data de registro: 17/11/2015).

3.13. Zonas de autarquia e as bases de uma nova jurisprudência

O padrão argumentativo “crime permanente”, usado nesse contexto de intervenções estatais sobre o domicílio, empregado como *standart* para justificação de restrição a direito fundamental pode ser pensado a partir das reflexões de José Rodrigo Rodriguez (2013) sobre o modo como as Cortes decidem no Brasil.

Partindo da concepção de que o Direito atual é marcado pelas características da indeterminação e da instabilidade, Rodriguez obtempera que o estado de segurança de matiz pré-kelseniano, concebido para sociedades planificadas, enfraquece-se diante de modelos mais adaptados a fornecer respostas em sociedades plurais e altamente complexas.

Segundo José Rodrigo Rodriguez (2013, p.160):

Os modelos de racionalidade jurídica consistem em conjuntos de regras, cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais. Os modelos de racionalidade jurídica não dizem respeito à maneira pela qual o juiz chega à sua decisão (Dewey, 1924), mas sim à maneira pela qual ele a apresenta publicamente, afinal, a justificação da decisão pode vir a vincular os julgamentos futuros que tratem de temas semelhantes. A intelecção do juiz e o proferir da sentença em si mesma, ou seja, os processos mentais utilizados para chegar à resposta e sua construção textual são momentos independentes um do outro. O que importa a um modelo de racionalidade judicial é determinar a maneira pela qual o juiz irá justificar sua decisão, ou seja, quais regras irão presidir a construção do texto de sua justificação.

Tomando por base essa lição, quando um juiz decide, na fase íntima de intelecção, que não reconhecerá violação de domicílio, porque, afinal, casas de criminosos não devem contar com a proteção constitucional – estabelecendo, portanto, um âmbito de proteção restrito devido a suas concepções muito pessoais acerca das categorias como “crime”, “sociedade”, “papéis sociais”, “fins da lei e do Direito” etc – é muito provável que saia em busca de algum argumento que permita chegar a tal fim sem tornar públicas suas reais intenções, embora também não seja impossível na atual quadra histórica tamanha franqueza. O argumento do crime permanente passa a ser uma ótima saída para tanto, pois já se trata de argumento consagrado e que “fala por si só”.

Argumentos empregados de forma arbitrária, carentes de suficiente racionalidade, configuram para Rodriguez, “zonas de autarquia”. A expressão foi cunhada pelo autor a partir da leitura de Franz Neumann.

José Rodrigo Rodriguez esclarece que seu objetivo acadêmico de longo prazo é construir uma taxonomia do que chama de “modalidade de legalidade falsa”.

Por zona de autarquia transcreve-se para os fins ora buscados a seguinte explicação:

No Brasil, a criação de zonas de autarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados. Ambos os procedimentos têm o potencial de retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa de desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público. Além disso, eles parecem guardar semelhança com manobras parecidas, noticiadas pela teoria social em outras realidades e contextos. (RODRIGUEZ, 2013, p.21)

A expressão “naturalizados” no trecho transcrito deve ganhar aqui especial destaque; afinal, parece ser exatamente o caso do argumento do crime permanente. De tanto ser repetido como argumento de autoridade ele passou a fazer sentido mesmo que a jurisprudência nunca explique a origem, a extensão e a força normativa dessa lógica para neutralizar o exercício de um direito fundamental.

A jurisprudência em peso e a doutrina da mesma forma limitam-se a dizer que não há violação de domicílio devido à natureza permanente do delito. Qual o origem dessa argumentação? Não há indício claro de seu nascedouro e ninguém é capaz de atribuir-lhe a paternidade; tornou-se, enfim, algo natural, um dogma integrado às grandes certezas dos juristas.

É nesse sentido que Rodriguez (2013, p.172) esclarece:

Evidentemente, será rara a identificação de zonas de autarquia em que os organismos de poder afirmem simplesmente: “Decido assim porque eu quero”. Ou: “Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer”. É de se esperar que esteja presente alguma forma de *falsa justificação* que pretenda conferir uma forma aparentemente racional para decisões puramente arbitrárias. Pouco importa se as decisões são congruentes, pois, como já visto, da congruência não se deriva, necessariamente, a racionalidade das decisões.

Quando, por outro lado, se determina teoricamente um constrangimento argumentativo claro – como por exemplo o estabelecimento da inidoneidade do crime permanente como único argumento de legitimação da intervenção estatal sobre o domicílio – reorienta-se a questão para o centro de outros argumentos importantes que ficam, em regra, relegados ou esquecidos em casos de “zona de autarquia” ou de “falsa legalidade” – *e.g.*, ilicitude da prova, fundamentos de restrição a direitos fundamentais, consideração do âmbito de proteção do dispositivo etc.

Modelos de racionalidade contribuem assim de maneira muito clara, na perspectiva do observador, para o controle externo ou público das decisões e, ao mesmo tempo, na perspectiva do participante da relação processual, para o controle interno e intersubjetivo, da fundamentação da sentença, o que contribui, em última análise, para o aperfeiçoamento da racionalidade da jurisdição²⁷.

O maior problema do argumento do crime permanente reside no fato de, uma vez aplicado, não se permitir qualquer discussão sobre a natureza e a extensão da proteção constitucional do domicílio.

Impede-se de maneira autoritária – aparentemente revestida de racionalidade – toda e qualquer discussão atinente ao cometimento abuso de autoridade, à ilicitude da prova, à existência de fundadas razões, à exigibilidade de mandado judicial como regra para buscas e apreensões, à existência de consentimento do morador ou de algum dos moradores da casa, à viabilidade de manutenção nos autos de prova obtida ilicitamente etc.

É nítido o empobrecimento intencional da complexidade ínsita ao processo penal, a atenuação artificial do conflito existente entre o direito individual à liberdade e o direito social à segurança pública. O emprego do padrão ocorre em favor de uma única perspectiva repressora, cujo efeito prático é selar previamente o destino de todos os casos em que se possa caracterizar um crime permanente.

A partir de seu mero emprego o processo deixa de ser espaço dialético, instalado a partir da presunção de inocência e orientado para o colheita isenta de provas para tornar-se mera instância legitimadora de uma decisão tomada fora e previamente a ele.

O argumento do crime permanente retrata assim um mecanismo viciado de mera legitimação da decisão política de enfrentamento ao crime com redução de direitos e garantias fundamentais.

O mesmo se diga em relação ao próprio sentido de segurança pública empregado como direito fundamental nesses casos. Sem enunciação clara suficiente de seu suporte fático para contrastar com a proteção do domicílio, o recurso soa muito mais retórico do que inserido verdadeiramente no âmbito da colisão de direitos fundamentais.

A esse propósito, convém lembrar a lição de Raúl Cervini (1994), no sentido de que por segurança pública se chama não raramente o mero estado subjetivo de insegurança dos cidadãos.

²⁷ Os conceitos de “perspectiva do observador” e de “perspectiva do participante” aparecem na obra “Conceito e validade do direito” de Robert Alexy (2009).

Quando se permite, ao contrário, que se parta de um conceito de direito fundamental com âmbito *prima facie* amplo, quando se permite colocar em xeque a legitimidade e a legalidade da intervenção estatal, devolve-se às partes o protagonismo que a Constituição jamais lhes retirou no plano abstrato; permite-se que a controvérsia realmente se instale em torno da apuração da ocorrência de um crime segundo os ditames do devido processo legal, com garantias mínimas quanto ao exercício do contraditório e da ampla defesa em relação a todo e qualquer aspecto da imputação, a começar pelo modo pelo qual o Estado amealhou elementos de materialidade e autoria de determinado crime.

O modelo de justificação da decisão torna-se evidentemente mais complexo, porém mais completo e conformado às garantias constitucionais processuais do acusado.

A autoridade da decisão será racionalmente mais aceitável porque enfrentados problemas reais relativos à idoneidade da prova.

A autoridade da decisão, segundo Rodriguez (2013, p.162):

[...] pode se fundar no puro arbítrio, na força simbólica da autoridade do juiz ou segundo uma alternativa possível, legitimar-se democraticamente por meio de um modelo de justificação que leve em conta os argumentos apresentados e os aceite ou refute num discurso racional. A adoção de um padrão de argumentação desse tipo irá favorecer a aceitação da decisão não em função do medo, da violência ou do temor reverencial, mas em razão do convencimento das partes na ação jurisdicional e dos cidadão em geral.

O que se tem hoje sobre o assunto é o retrato de decisões baseadas na autoridade autorreferencial e autopoietica da jurisprudência. Noutras palavras, decisões baseadas no argumento de autoridade e não na autoridade do (melhor) argumento.

Essas decisões contêm padrões argumentativos muitas vezes autorreferentes, muito próximos do seguinte raciocínio: “- Como eu mesmo disse em decisão anterior, que já reafirmava decisão anterior...”. Nada mais autoritário.

Sob prisma diverso, parece factível afirmar que, numa democracia, a jurisprudência deve caminhar no sentido de fazer-se cada vez menos autoritária, cada vez mais consciente da complexidade das relações sociais. A preocupação com valores como segurança jurídica e isonomia deve caminhar lado a lado com exigências materiais de Justiça.

Em casos difíceis envolvendo colisões entre direitos fundamentais individuais e sociais, liberdade e segurança pública, por mais difícil que seja essa relação, coloca-se como desafio o abandono do autoritarismo, mesmo o argumentativo, em favor de decisões estabilizadoras de conflitos sociais dotadas de um mínimo de racionalidade.

O argumento já naturalizado do “crime permanente” precisa ser “desnaturalizado”, problematizado, na medida em que configura-se como um padrão argumentativo, um *standart* autorreferente que mascara problemas constitucionais de ordem material – extensão e limites dos direitos fundamentais - e processual – especialmente o esvaziamento da teoria das provas ilícitas.

Se conforme o modelo teórico aqui adotado a inviolabilidade domiciliar é um princípio e como tal um mandamento de otimização, ou seja, uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante de condições fáticas e jurídicas existentes e debatidas nos autos; se admite-se seu suporte fático amplo, rejeitando-se as ideias de suporte fático restrito e a teoria dos limites imanentes, então, não existe violação de domicílio previamente autorizada, ainda que permanente o delito e a situação de flagrante.

Conforme debatido alhures, a constitucionalidade da restrição “flagrante” só pode ser aferida no julgamento de dado caso concreto, a partir de suas peculiaridades fáticas e jurídicas, mediante fundamentação constitucional, de modo que, em termos teóricos, admite-se como premissa correta de análise a coexistência de suporte fático amplo e de intervenção ampla dependente de fundamentação constitucional.

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio pode ser restringido? Sim. Para tanto é admissível argumento abstrato padrão, generalizável, aplicável a todos os casos, independente das circunstâncias fáticas, tendo em vista apenas um peculiar aspecto jurídico atinente ao momento consumativo do tipo de crime praticado? Definitivamente, não.

O STF, sem partir explicitamente das premissas teóricas deste trabalho, consignou expressamente essa insuficiência do “crime permanente” ao firmar o tema 280 da sistemática da repercussão geral no julgamento do recurso extraordinário 603.616/RO, julgado que será estudado no próximo capítulo.

Mas quais poderiam ser os próximos desdobramentos dogmáticos e jurisprudenciais a partir do abandono do *standart* “crime permanente” para a solução de casos implicados com o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, proferido no RE 603.616/RO, encontrou na expressão “fundadas razões” do artigo 240 do CPP a categoria jurídica que permite o acoplamento com experiências do direito comparado:

A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução fundadas razões demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário. O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à

defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos. (BRASIL, 2015, p.24).

Nesse sentido, há expressa referência, dentre outros exemplos, ao direito norte-americano e a figuras jurisprudenciais que são fruto da aplicação concreta da quarta emenda.

A ideia de exclusão de provas obtidas ilicitamente está no cerne das *exclusionary rules*, matéria que, *mutatis mutandis*, recebe também a denominação de “proibições de provas”, especialmente a partir do estudo do professor de Coimbra, Manuel da Costa Andrade²⁸.

Segundo Mirjan Damaska, citado por João Gualberto Garcez Ramos, teria sido Prospero Farinacio (1544-1616) o primeiro autor a sustentar a inadmissibilidade processual de provas obtidas com violação da ordem jurídica. Sua preocupação repousava sobre um caso de homicídio qualificado cuja prova tinha sido a confissão do réu obtida mediante tortura, que na época só era admissível se presentes elementos mínimos de autoria e materialidade. O tempo passa, os exemplos e suas justificativas permanecem. Já nos Estados Unidos o primeiro caso teria sido *Boyd v. United States* (1886) e envolvera a teoria dos frutos da árvore envenenada, chegando-se à conclusão, já naquela época, de necessidade de desentranhamento dos autos de prova obtida de maneira ilícita. (GARCEZ RAMOS, 2006)

Do panorama histórico e jurisprudencial construído no texto de Garcez Ramos destaca-se sua linha argumentativa central: embora a exclusão da prova ilícita seja a regra, desde o início surgiram doutrinas de atenuação, inclusive figuras que hoje estão incorporadas ao direito processual brasileiro como as doutrinas da fonte independente e da descoberta inevitável.

De todo modo, noticia-se que a regra da exclusão da prova ilícita, concebida em termos ético políticos para desestimular ilegalidades policiais, integrando-se ao devido processo legal, passou a ser criticada e relativizada (GARCEZ RAMOS, 2006), o que também se sente no Brasil e inclusive retoma, com a devida cautela, o debate aqui já feito sobre a natureza absoluta ou relativa dos direitos fundamentais.

Segundo Akhil Reed Amar, professor da Universidade de Yale, também citado por Garcez Ramos, a 4ª Emenda distingue duas situações: buscas e apreensões sem mandado e

²⁸ Para Manuel da Costa Andrade, o que define a proibição de prova é exatamente “a prescrição de um limite à descoberta da verdade” (2013, p.83)

buscas e apreensões com mandado. As primeiras exigiriam “razoabilidade” e as segundas “causa provável” (GARCEZ RAMOS, 2006).

Buscas e apreensões sem mandado exigem assim “razoabilidade” ou “suspeita razoável”. O STF exige a partir do RE 603.616/RO “fundadas razões” para buscas e apreensões sem mandado. O mesmo radical de “razoabilidade” e “razões” torna indisfarçável a proximidade das abordagens.

A partir da leitura de Amar, Garcez Ramos (2006, p.126) sintetiza:

As conclusões de Amar são, primeiramente, no sentido de que as buscas e apreensões sem mandado são possíveis, desde que razoáveis. Por busca e apreensão razoável entende ele a diligência na qual a autoridade investigante tem razoáveis perspectivas de obter a prova de um crime ou seus objetos materiais; em que a diligência, a partir de uma perspectiva *ex ante*, seja de provável sucesso. E mais: em que a diligência por si só seja realizada dentro dos limites de respeito ao direito do cidadão, ou seja, nas hipóteses razoáveis e de forma razoável. O eminente professor conclui que o remédio para a violação da 4ª emenda não é a exclusão do processo, mas a responsabilização civil do Estado e do agente público encarregado da diligência ou que induziu a autoridade judiciária em erro ao jurar ou afirmar falsamente.

Percebe-se que a proposta de Amar tem pontos de contato com a nova solução preconizada pelo STF. Admite-se a busca e apreensão sem mandado desde que haja razoabilidade, leia-se “fundadas razões” na transferência para o exemplo brasileiro. Exige-se a perspectiva *ex ante* de legalidade, não se comprazendo com a convalidação *post factum* da ilegalidade, desfecho invariável quando se emprega o argumento do “crime permanente”. Por outro lado, no que diz respeito à impossibilidade de desentranhamento dos autos da prova ilícita a lição não se compatibiliza com o direito brasileiro, já que o desentranhamento é consequência necessária da prova obtida ilicitamente, nos termos do art. 157 do CPP.

Lembre-se, por oportuno, que a referência à razoabilidade da busca e apreensão decorre da própria redação da quarta emenda, já apresentada outrora.

Não pode ser omitida aqui também a sensação de que Amar percebeu nítidas “zonas de autarquia” na jurisprudência estadunidense:

A 4ª emenda é hoje um entrave. Muito do que a Suprema Corte disse no último meio século – que a emenda genericamente pede mandados e causa provável para todas as buscas e apreensões, e exclusão das provas obtidas ilegalmente – e uma primeira aproximação parece plausível, mas na realidade é equivocado. Do ponto de vista do texto, da história e do simples senso comum antigo, esses três pilares do moderno *case law* da 4ª emenda são difíceis de aguentar; de fato, a atual Suprema Corte não os aguenta realmente. Exceto quando decide fazê-lo. Mandados não são exigíveis – exceto quando o são. Todas as buscas e apreensões devem ser baseadas em causa provável – mas não às terças-feiras. Uma prova ilegalmente obtida deve ser excluída sempre que cinco votos disserem que deve ser. Enquanto isso, regras sensíveis que a

emenda claramente estabelece ou pressupõe – que todas as buscas e apreensões devem ser razoáveis, que mandados (e apenas mandados) sempre exigem causa provável e que a autoridade pública deve ser sempre responsável civilmente por buscas e apreensões desarrazoadas -, tudo isso é ignorado por juízes da Suprema Corte. Às vezes. O resultado é uma vasta selva de pronunciamentos judiciais que não é meramente complexa ou contraditória, mas frequentemente perversa. Criminosos são libertados enquanto cidadãos honestos são invadidos de forma revoltante com pouco ou nenhum remédio efetivo. (AMAR apud GARCEZ RAMOS, 2006, p.128).

A partir dessas reflexões, pode-se agora analisar a decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 603.616/RO.

4. ANÁLISE DO TEMA 280 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL FIXADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO

Sabemos como as coisas acontecem na vida real. A polícia invade, arrebenta, sobretudo, com as casas mais humildes, e depois dá uma justificção qualquer, a posteriori, de forma oral, na delegacia de polícia. (trecho da fala do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 603.616/RO).

Ressalto, nada obstante, uma vez mais, a importância de esta Suprema Corte sinalizar, como estará a fazer caso este egrégio Plenário aprove a tese proposta pelo eminente Relator, de modo inequívoco, que não compactua com a arbitrariedade e exige que os agentes policiais prestem contas e por escrito, ainda que a posteriori, das razões pelas quais entenderam presentes as fundadas razões para crer que, dentro da casa, há situação de flagrante (trecho da falado Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 603.616/RO).

4.1. Dados iniciais

Com o aporte teórico dos capítulos precedentes, será analisado, adiante, o acórdão proferido no julgamento do recurso extraordinário 603.616/RO (BRASIL, 2015), que teve repercussão geral reconhecida e foi representativo de controvérsia.

Relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o recurso teve como requerente o cidadão Paulo Roberto de Lima, defendido pelo advogado Jeova Rodrigues Junior, subscritor do recurso extraordinário, e como requerido o Ministério Público do Estado de Rondônia.

Funcionaram como *amicus curiae* no STF as Defensorias Públicas Estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo, destacando-se que essa última firmara em 2013 a tese institucional nº 3/13, assim sumulada: “A natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida”.

O julgamento do RE 603.616 reveste-se de singular importância, pois nele o STF mudou sua jurisprudência e fixou o tema 280 da sistemática de repercussão geral, redigido da seguinte forma:

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. (BRASIL, 2015, p.62).

A lógica espelhada no tema 280 está em nítida tensão com julgados atuais do TJSP e do STJ, cuja ferramenta “Pesquisa Pronta”, compiladora de 63 acórdãos deste último, precisa ser imediatamente revista.

4.2. Considerações sobre a ementa do acórdão

As considerações feitas a seguir dialogam com a ementa partindo do corpo teórico que foi apresentado nas etapas anteriores deste trabalho.

Diz a ementa do recurso extraordinário 603.616/RO:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (BRASIL, 2015, p. 1-2).

Fixou-se que a busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente é possível, mesmo durante a noite, devendo existir, todavia, controle judicial *a posteriori* para preservação da inviolabilidade domiciliar.

Nota-se que em referência ao flagrante não se empregou expressões como “exceção”, “restrição” ou “limite”, o que pode ser indicativo da adoção ou da simples abertura da Corte à teoria externa das restrições, contrária à teoria interna ou dos limites imanescentes.

Destaca-se ainda na redação da ementa a alusão à previsão textual de mandado como “cláusula”, o que aproxima-se claramente da concepção teórica que admite a existência de cláusulas restritivas diretamente constitucionais, capazes, ainda assim, de manter o âmbito de proteção amplo.

O controle judicial *a posteriori* das ações baseadas na ocorrência de crime permanente é justificado pela Corte na necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Este parece ser outro indício de que mesmo havendo flagrante, será possível reconhecer violação ao direito fundamental mediante desqualificação das circunstâncias fáticas e jurídicas da intervenção estatal.

Interessante notar, por outro lado, que a ementa ambienta o problema precisamente no campo da interpretação constitucional, preocupando-se desde logo com a proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio, o que remonta à já discutida proteção existente na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Civis e Políticos. Mais do que isso, o Supremo Tribunal Federal declarou expressamente que a dupla previsão internacional protetiva do domicílio contra ingerências arbitrárias acopla-se ao sentido material de devido processo legal.

Um outro ponto merecedor de destaque na ementa é a referência expressa ao núcleo fundamental da inviolabilidade domiciliar. Percebe-se que, ao deixar de dizer desde logo qual seria o conteúdo desse núcleo essencial, afirmando, ao contrário que “a medida deve ser controlada judicialmente”, parece haver consideração ou ao menos espaço para a consideração de núcleos essenciais relativos e não absolutos de direitos fundamentais.

Noutras palavras, o conteúdo do núcleo essencial seria dependente das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, ou seja, enunciável caso a caso a partir da regra da proporcionalidade, situação que muito se aproxima da teoria apresentada por Alexy e por Virgílio Afonso da Silva.

O julgado tem ainda o mérito de cindir de modo claro e didático dois momentos que não podem ser confundidos. Um primeiro momento seria a ação do Poder Executivo, que intervém faticamente sobre a realidade, com ou sem emprego da força; outro momento, dotado

de sentido ético e político distinto, seria (e é) o da ação *a posteriori* do Poder Judiciário, que reafirma-se como instância de controle de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito e de garantia da eficácia dos direitos fundamentais.

A exigência expressa de justa causa no início da ação policial deixa claro ainda o necessário encadeamento lógico-sequencial de colheita das provas que serão úteis à persecução penal. Reafirma-se já na ementa a concepção de verdade típica de processos penais democráticos.

A verdade como fruto da prova lícitamente produzida, nascida do respeito às regras prefixadas do jogo ganha forma no contexto do julgamento em análise quando se afirmar sem demora na ementa: “Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”. Confirma-se assim etapa anterior deste trabalho, que estabeleceu uma relação de meios e fins refutando a inversa modulação de fins e meios no campo das provas.

A alusão à justa causa também permite dizer que a análise destas questões deve ser feita sem delongas no momento da análise de rejeição ou recebimento da denúncia, sendo inapropriado estender a questão até o momento da sentença, especialmente porque as provas obtidas ilicitamente devem ser declaradas inadmissíveis e desentranhadas dos autos.

Sem prejuízo, quando for nítido e manifesto o modo ilícito de obtenção da prova – tecnicamente tida como elemento informativo em sede inquisitorial – nada obstará o próprio trancamento da investigação policial.

Em suma, no controle *a posteriori*, a ser feito sempre pelo Judiciário, deverá ser demonstrado pela acusação que, antes do ingresso em domicílio, havia, desde a primeira suspeita, fundadas razões sobre a situação de flagrante, sendo vedada a interpretação até agora predominante que convalidada a ilegalidade decorrente da violação de domicílio em virtude do encontro “às cegas” de drogas ou outro objeto ilícito qualquer no interior do recinto.

As consequências para a violação de domicílio serão, segundo a ementa: 1. a responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e da autoridade e; 2. a nulidade dos atos praticados.

Destaca-se à guisa de conclusão sobre a ementa, a clara influência, ainda que implícita, das estruturas analíticas dos direitos fundamentais cunhadas pela doutrina.

É nitidamente perceptível que o enfrentamento jurídico da questão levou em conta os conceitos de suporte fático, âmbito de proteção, intervenção estatal e núcleo ou conteúdo essencial.

4.3. Considerações sobre o relatório

O recurso extraordinário foi interposto com fundamento no artigo 102, III, alínea “a” da Constituição contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que manteve a condenação do recorrente por tráfico de drogas.

Alegava-se contrariedade a dispositivos da Constituição, notadamente aos seguintes incisos do art. 5º: inciso XI (inviolabilidade domiciliar), inciso LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), e inciso LV, este último referente a tese de defesa diversa, atinente a um suposto cerceamento de defesa no caso concreto. Esta última questão não será objeto de detalhamento aqui.

Compreende-se a partir da leitura do relatório que a defesa sustentava ilicitude da prova obtida mediante violação de domicílio, na medida em que a polícia não dispunha de mandado de busca e apreensão para diligência complementar na casa de um segundo suspeito.

Na origem, o recurso extraordinário não foi admitido.

Agravada a decisão de não admissão, o Ministério Público ofertou contrarrazões manifestando-se pelo não conhecimento do agravo ou, no mérito, pelo não provimento do recurso.

No STF deu-se provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário.

Importante frisar que a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento da tese de violação de domicílio repetindo a consolidada jurisprudência nacional, inclusive do STF à época, argumentando como em inúmeros outros casos da seguinte forma: “Violação de domicílio. Tráfico de drogas. Crime permanente. Estado de flagrância que justifica a busca sem mandado judicial. Inciso XI do art. 5º da CRFB”.

Admitiu-se repercussão geral em relação à alegação da defesa de violação ao art. 5º, LVI e XI, da Constituição Federal.

Vejamos agora os principais argumentos apresentados no julgamento, realçando os debates, os pontos de contato com as teorias apresentadas neste trabalho, a questão do controle *a posteriori*, os pontos expressamente não atingidos pela decisão e pontos de crítica aventados nos debates.

4.4. Considerações sobre o julgamento

O voto de 21 páginas do Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, conduziu desde o início as conclusões dos demais Ministros.

Interessante notar, logo de plano, a delimitação do problema realizada pelo Ministro no sentido de que “O presente recurso extraordinário trata dos limites da cláusula de inviolabilidade do domicílio”.

Ao pé da letra, a pretensão recursal não tinha seu perímetro traçado pela questão dos limites do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Ocorre que as Cortes Constitucionais têm, hoje, de fato, a partir da admissão dos recursos que constitucionalmente lhes caibam, sua competência aberta para decidir com ampla e profunda cognição, justificada na função de unificar e estabilizar o Direito. É preciso compreender bem esse perfil para não inquinar de inválido o ponto de partida do voto.

Nesse sentido, explica Luiz Guilherme Marinoni que (2015, p.20):

Embora a Corte deva atribuir sentido ao direito, o exercício da sua função é estimulado pelo recurso do litigante, que deseja ver o caso resolvido em seu favor. Contudo, quando o recurso abre a oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir de sua real missão. Isso quer dizer que o julgamento do recurso especial não deve ser pensado como uma mera solução do caso concreto. Por consequência, não pode importar apenas a parte dispositiva da decisão da Corte, que corrige ou não a decisão objeto do recurso. Quando se pensa na definição do sentido do direito importam os fundamentos determinantes do caso concreto. São as razões de decidir, ou, mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa servir de critério para a solução de casos futuros.

Outro aspecto a sublinhar desde já diz respeito à eficácia do reconhecimento da repercussão geral da questão debatida.

Inviável e equivocada será a pretensão de reduzir o sentido jurídico, político e social de um julgamento de mérito em recurso extraordinário, revestido de relevância e transcendência, leia-se, de repercussão geral, sob a alegação dos efeitos incidentais e não *erga omnes* do julgamento, ou sob a ótica de tratar-se de controle difuso e não concentrado de constitucionalidade. Ledo engano.

O STF não deve ser entendido como uma Corte de correção, mas como uma Corte de unificação do Direito no Estado Constitucional (MARINONI, 2012). Essa perspectiva está

contemplada no novo Código de Processo Civil, que estabeleceu *stare decisis* vertical e horizontal, trazendo para o plano normativo a força vinculante dos precedentes. Nesse sentido:

A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequação da decisão ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Importa que a Constituição seja concretizada; a todos interessa sua fiel observância. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p.47)

Para além dessa justificativa política, os mesmo autores afiançam ser sólida a jurisprudência no STF no sentido de ser vinculante a decisão de mérito proferida em sede de recurso extraordinário:

Tudo o que foi dito em matéria de efeito vinculante, aplica-se, sem maiores questionamentos, às ações de controle abstrato de constitucionalidade. Dúvida poderia restar em relação às ações nas quais o controle é concreto. Têm tais decisões, como aquelas tomadas em sede de recurso extraordinário, efeito vinculante? Sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta nesse sentido. (MARINONI; MITIDIERO, 2012)

Feitos esses esclarecimentos preliminares, também é importante frisar a importância do julgamento ter sido realizado para esclarecimento dos limites ou, talvez melhor dizendo, do espectro de projeção de um direito fundamental, pois, como bem asseverado na ementa, a controvérsia instalou-se precisamente no campo da hermenêutica constitucional.

Caberia indagar, reproduzindo aqui no laboratório do caso concreto as reflexões da doutrina, se esses limites estariam na própria norma (teoria interna) ou se, pelo contrário, tratar-se-ia de âmbito de proteção *prima facie* amplo, restringível apenas no caso concreto com considerações específicas sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes, o que já é uma aproximação importante em relação ao corpo teórico deste trabalho.

O ministro Gilmar Mendes reconheceu, ademais, o problema da jurisprudência até então consolidada no STF, destacando que decisões pretéritas daquela Corte, sem ressalvas, admitiam o ingresso de autoridades em domicílio, mesmo sem autorização do morador, em casos de flagrante de crime permanente. De fato, continua sendo assim, salvo raríssimas exceções, em todo o Brasil.

Reconheceu, porém, o relator de maneira expressa que: “essa tese esvazia a inviolabilidade domiciliar” (p.7); considerou-a contrária à interpretação sistemática da própria Constituição e de tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

A primeira estratégia utilizada pelo ministro para a propositura da guinada jurisprudencial foi compilar localmente e no direito comparado o nível de proteção ao domicílio nas Constituições e tratados internacionais.

A primeira referência histórica utilizada foi exatamente a quarta emenda norte-americana, já discutida anteriormente neste trabalho e apontada como uma fonte histórica pouco explorada pela doutrina brasileira.

A referência à quarta emenda foi, todavia, utilizada apenas como argumento de autoridade, mediante simples transcrição, sem aprofundamento teórico.

Logo em seguida, no voto, segue-se análise de maior fôlego e de certa forma inovadora na medida em que classifica as declarações de direito em vigor em três grandes grupos, observação que, salvo melhor juízo, não fora ainda percebida pela doutrina ou ao menos não explicitada de maneira tão clara.

O primeiro grupo compõe-se, segundo o ministro, de textos que protegem o cidadão contra buscas arbitrárias. Encabeçado pelos Estados Unidos, cujo aspecto central é a quarta emenda, o que nos remete à análise feita no esboço histórico do capítulo 2, neste grupo encontram-se ainda Itália, China e Argentina, além da Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A proteção legal e constitucional desses países parece aproximar-se do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, conclusão a que se chega pela importância dada ao caso concreto para definição da proteção definitiva.

O segundo grupo cria a necessidade de ordem judicial para a busca (reserva judicial) sem exceções. O voto elenca apenas o caso da Constituição Uruguia.

Este segundo grupo, pensando a partir do corpo teórico apresentado nos capítulos antecedentes, estaria mais próximo do caráter absoluto dos direitos fundamentais, de uma proteção próxima à “esfera do indecível” de Ferrajoli (2011).

O terceiro e último grupo cria reserva judicial e estabelece exceções. O voto indica nessa linha Alemanha, Portugal, Espanha, Japão, Paraguai e Angola.

A exceção mais comum nesse grupo é exatamente o flagrante delito.

Pela classificação apresentada, embora o voto neste momento não explicita, estaria também o Brasil, conclusão que se mostra acertada quando, mais tarde, ainda no mesmo voto, o relator consigna: “[...]nossa Constituição se alinha aos textos que criam reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecem exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial” (p.15-63).

Não pode passar despercebido neste ponto que o emprego do vocábulo “exceções” remete aqui à ideia de limite imanente, alinhada à teoria interna das restrições.

Por fim, a título de curiosidade, cita-se o caso da França que em sua Constituição remete à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, documentos silentes no que se refere à proteção da casa.

Depois de ilustrar esses três grandes grupos, o voto traça um rápido esboço histórico da inviolabilidade domiciliar no Brasil, sem divergências quanto ao que foi anteriormente apresentado neste trabalho.

A estratégia argumentativa subsequente à apresentação linear dos textos constitucionais brasileiros consistiu na afirmação de que as previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos adicionam-se à proteção constitucional, no mesmo sentido do acoplamento que sugerimos anteriormente.

É exatamente aqui que parece fazer maior sentido a observação que segue documentada no acórdão, logo após a voto do relator:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao julgar a questão pertinente à hierarquia jurídica das convenções internacionais em matéria de direitos humanos (HC87.585/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC96.772/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – RE466.343/SP, Rel. Min. CEZARPELUSO), sustentei-lhes a natureza constitucional, apoiando-me, para tanto, na própria ideia de bloco de constitucionalidade. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Exatamente. Mas aqui o que se permite é essa interpretação da norma constitucional com esses elementos que passam a ser, vamos dizer assim, integrantes ou aderentes. Então, passa-se a interpretar o devido processo legal com essas normas que integram os tratados. (BRASIL, 2015, p.28)

Neste ponto do voto, que já corresponde quase que à metade de toda sua extensão, termina a digressão legal ou normativa e introduz-se o argumento de política criminal que subsidia o voto, conferindo caráter pragmático à solução proposta.

Observa o relator, embora sem expor claramente a questão segundo essa lógica, a existência de colisão de direitos fundamentais como pano de fundo do problema: “a busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal”. (BRASIL, 2015, p.16). Perceba-se: embora invasiva, há sentido pragmático na invasão.

Essa constatação pode chocar a comunidade envolvida com a proteção dos direitos individuais, mas, por outro lado, não está isolada na visão de mundo do ministro.

Pelo contrário, é a preocupação e a justificação de ações policiais que vão desde o combate à criminalidade comum até estratégias de controle e prevenção do terrorismo em vários países.

Esse antagonismo entre o direito individual à proteção ao domicílio e o direito fundamental social à segurança pública está no cerne de inúmeros debates ao redor do globo, bastando aqui recordar anterior discussão deste trabalho sobre o *Patriot Act* nos Estados Unidos.

Identificada essa tensão, o voto retorna à análise do dispositivo constitucional.

Sobre a busca e apreensão, considera sua necessidade de controle, o que, via de regra, se faz pela exigência de mandado judicial. Contudo, o próprio texto constitucional, recorda-se, excepciona essa exigência nos casos de consentimento, desastre, socorro ou flagrante.

Especificamente sobre o flagrante, sublinha o voto que a posição predominante no STJ e no STF é no sentido de que a ocorrência de crime permanente viabiliza sempre o ingresso no recinto pelas forças policiais independente de mandado, orientação tradicional, mas expressamente tida como insatisfatória pelo relator, pois, do policial que ingressa na casa sem mandado não se exige certeza quanto ao sucesso da medida.

A premissa adotada no voto para deslinde da controvérsia estaria no seguinte fundamento:

Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia.

Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação.

Essa evolução pode decorrer tanto da interpretação da própria Constituição como de sua integração com os tratados de direitos dos quais o país é signatário. (BRASIL, 2015, p.19).

Assim, reconhece-se no voto que a jurisprudência atual atinge o núcleo essencial esvaziando a inviolabilidade domiciliar como direito fundamental. Partindo dessa constatação, propõe-se a evolução do entendimento da Corte. A noção reitora da mudança de posicionamento consiste na pretensão de proteger concomitante o cidadão e os agentes policiais; para tanto, empregam-se duas técnicas: a interpretação constitucional e o acoplamento da proteção internacional contra ingerências arbitrárias na norma extraível do art. 5º, XI, da Constituição.

O argumento central do voto quanto à caracterização da arbitrariedade da busca repousa na constatação de que “a proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois” (BRASIL, 2015, p.19).

A avaliação nesse caso seria objeto específico do controle judicial *a posteriori*.

Esse modo de avaliação aproxima-se muito de categorias jurisprudenciais norte americanas como *probable cause*, *reasonable suspicion*, debatidas anteriormente. Nesse diapasão, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2015, p.34) consignou durante os debates que “é fundamental que exista causa provável, cuja ocorrência legitimará o ingresso de terceiros em residência alheia, ainda que *invito domino...*”.

Noutra perspectiva, agora sob o enfoque do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o voto cita dois precedentes interessantes – Heino contra Finlândia (caso nº 56720/09) e Smirnov contra Rússia (caso 71362/01) – nos quais se teria firmado o entendimento de que as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por magistrado.

4.4.1. Do controle *a posteriori*

Definida a possibilidade de ingresso sem mandado, desde que presentes fundadas razões - modelo extraído do art. 240, §1º, do CPP - aferíveis em momento posterior à busca, passa-se a discutir no julgado qual seria então a natureza desse controle *a posteriori*.

O voto indica que o controle da investigação criminal existe teleologicamente para compatibilizar direitos de liberdade e os interesses da segurança pública. Pondera-se que essa lógica já está prevista, v.g., no flagrante, que, configurando exceção à prisão mediante mandado, sujeita a comunicação da lavratura ao juiz de direito para análise de legalidade e também de necessidade da prisão preventiva ou de medidas cautelares.

Em se tratando de invasão de domicílio, a exigência de mandado de busca e apreensão, como regra, configura controle *a priori* estabelecido e priorizado pelo legislador. Segundo o artigo 240, §1º, do CPP, o mandado só pode ser expedido se o juiz de direito a quem foi requerido constatar a presença de fundadas razões.

Sobre “fundadas razões”, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer (2010, p.451) comentam que:

Em quaisquer de suas modalidades, busca e apreensão *pessoal* ou *domiciliar*, a medida deve ser justificada em razões de ordem acautelatórias (de bens jurídicos, incluindo a proteção ao processo penal e à persecução penal). A autoridade responsável pela medida deve poder sempre justificar sua atuação, seja por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, na busca *domiciliar*, seja na necessidade de comprovação de situação de risco ou de suspeita fundada de risco às pessoas, de fundada suspeita de situação de risco (porte desautorizado de armas, porte de drogas para tráfico, lesão ao patrimônio alheio e tutela da efetividade probatória da investigação e do processo), presentes na busca *pessoal*. Em resumo: a não comprovação de qualquer situação de urgência ou de necessidade reconhecida pelo Direito, ainda que derivada de erro cometido em boa-fé pelo agente público poderá dar azo à invalidade da diligência. Nem por isso, contudo, se poderá falar, sempre e necessariamente, em ilicitude da prova em tais situações.

Noutro vértice, quando se tratar de flagrante, ou de desastre ou socorre, dispensa-se o mandado, segundo o enunciado normativo do artigo 5º, XI, da CRFB, bem como de conformidade com a jurisprudência dominante. O sentido da expressão flagrante, todavia, permanece problemático e sujeito a maior ou menor extensão argumentativa.

O voto faz alusão, neste ponto (BRASIL, 2015, p.15-63), ao flagrante como exceção, o que pode indicar adesão à teoria interna das restrições ou simples emprego inadvertido da expressão sem preocupação com alinhamento teórico a uma ou outra perspectiva doutrinária.

De qualquer maneira, caminha o voto para a afirmação de que, diante de alguma das hipóteses das assim chamadas “cláusulas restritivas diretamente constitucionais” é dispensável o controle *a priori*, não se dispensando, todavia, o controle *a posteriori*.

Embora não tenha havido o emprego desse argumento, parece viável afirmar que essa perspectiva do julgamento dá concretude ao artigo 5º, XXXV, da CFRB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A intervenção estatal, portanto, embora *prima facie* admissível reclamará sempre o controle judicial de sua legalidade e, mais que isso, de sua conformidade constitucional. Nesse contexto, o voto afirma que:

[...] resta fortalecer o controle *a posteriori*, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – fundadas razões, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas. (p. 23 de 63).

Atente-se que essa nova posição impede a suficiência do argumento do crime permanente e devolve à defesa a possibilidade de discutir algo que, até então, era tido como indiscutível. A questão desloca-se do campo da classificação doutrinária do crime para o campo

da específica atividade probatória das partes, atraindo-se consequentemente as regras específicas relativas ao ônus da prova, à proibição de condenação com fundamento exclusivo em elementos informativos do inquérito policial, dentre outros.

Passa-se então a exigir que a acusação e não a defesa tenha dentre suas preocupações a demonstração da justa causa da medida de invasão, sob pena de ficar configurada a violação.

Além disso, sublinhou-se no voto do relator com amparo em precedentes do STF e do STJ²⁹ que será inadmissível como justificativa, no controle *a posteriori*, a denúncia anônima. Reconheceu-se, por outro lado, atenuando-se que vedação a denúncia anônima possa servir de gatilho para amealhar outras provas, essas sim habilitadoras da busca.

A questão foi reforçada no julgamento pelo ministro Edson Fachin (BRASIL, 2015, P.47-48), que consignou o seguinte argumento:

Como se sabe, a vedação constitucional do inciso IV do art. 5º do anonimato não permite, evidentemente, que se dê, a essa denúncia anônima, fonte primária, mas, ao mesmo tempo, seja ela motivo de verificação e de aferição de eventual verossimilhança.

Noutro trecho, o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2015, p. 49-50) ainda obtempera:

O exemplo citado pelo eminente Relator, na linha do que decidiu a colenda Segunda Turma no RHC 117988, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel.p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Dje 26.02.2015, de atividade persecutória estatal válida tendo como ponto de partida informações decorrentes dos assim denominados “disque denúncias” é significativo. É hipótese de obtenção de informações oriundas de pessoas que preferem ficar no anonimato, como ocorre a muitos cidadãos, temerosos quanto a eventuais represálias, que não se animam a prestar depoimentos formais sobre práticas criminosas, mas encontram em canais de comunicação entre a sociedade e a Polícia, como os “disque denúncias”, conforto para o exercício da cidadania, em ato de colaboração com o Poder Público para coibir práticas delituosas. Por certo que, a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, da CF) de acordo com a jurisprudência desta Corte, não se permite que as denominadas “denúncias anônimas” se prestem a, como fonte primária de prova, fundar restrição a direitos fundamentais. Entretanto, permite que, a partir delas, se faça uma averiguação para aferir verossimilhança e, a partir daí, se iniciem procedimentos restritivos. Na linha da jurisprudência desta Suprema Corte, também entendo que uma informação obtida por fonte anônima, desde que averiguada

²⁹ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE MANDADO E DE AUTORIZAÇÃO DO MORADOR. REALIZAÇÃO SEM INDICAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE. 1. Ainda que seja incontroverso que nos delitos permanentes, como o de tráfico ilícito de drogas, o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, não se pode admitir que, com base em uma simples delação anônima, desamparada de elementos fundados da suspeita da prática de crimes, seja violado o direito constitucionalmente assegurado da inviolabilidade do domicílio. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 03/09/2015).

pelos agentes policiais – frise-se -, pode validamente fundar o ingresso em residência alheia onde se constata o flagrante delito.

Essas considerações do voto são de suma importância para a realização prática do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar.

O argumento da denúncia anônima, baseado exclusivamente na narrativa dos policiais, que afiançam sua existência, é, de fato, recorrente e também comumente considerado como suficiente para a justificação da medida de invasão.

4.4.2. Pontos expressamente não atingidos pela decisão

O ministro Gilmar Mendes demonstrou ainda preocupação em gizar precisamente os contornos de seu voto, destacando que não estão atingidas pelo julgamento as seguintes situações: ações controladas da Lei 12.850/13, encontro fortuito de provas durante as buscas, mandado de busca a apreensão coletivos e a validade do consentimento do morador.

Este último ponto foi objeto de algumas incursões neste trabalho. Ainda na justificativa, fez-se, por exemplo, alusão a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que criticou duramente a estratégia policial de alegar o “perigo da demora” para obtenção de mandados (ZALUAGA, 2014), bem como, à decisão do Tribunal Supremo da Espanha que reconheceu a ilegalidade da chamada “intimidação ambiental” (LOPES JUNIOR, 2012, p.709).

4.4.3 Pontos de crítica aventados nos debates

O ministro Marco Aurélio divergiu e foi vencido quanto ao mérito e à tese.

Sua preocupação maior pareceu ser a relativização da proteção dando azo a arbitrariedades a pretexto de coibi-las.

Sua posição, externada no voto (BRASIL, 2015, p.56/58), considera o art. 5º, XI, como regra. Destaca-se de sua fala a premissa segundo a qual “quanto mais grave a imputação, maior deve ser o cuidado na observância das franquias constitucionais” (2015, p.56).

Temor semelhante foi manifestado pelo ministro Luiz Fux (BRASIL, 2015, p.30) em certo momento dos debates: “a vida prática, algumas notícias veiculadas dão conta da

prática de arbitrariedade. Então, essas fundadas razões representam um conceito muito indeterminado e que podem servir para tudo” Note-se, porém, que o ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator.

Essa preocupação parece estar atrelada à concepção de direitos fundamentais como direitos absolutos.

Outra preocupação muito recorrente no julgamento deu-se em relação à responsabilização dos agentes policiais que incorram em práticas arbitrárias.

Aventou-se a possibilidade, que seria de bom alvitre, de se exigir sempre a fundamentação por escrito da justificativa acompanhada do arrolar de testemunhas. Embora esse ponto tenha sido debatido em vários trechos do julgamento, acabou inexplicavelmente omitido na ementa e na redação do tema 280.

Além disso, debateu-se com alguma profundidade a possibilidade e a conveniência de apresentação da alegação da violação de domicílio já no momento das audiências de custódia. O ponto, todavia, não evoluiu até a ementa ou o tema.

Note-se que essas questões são revestidas de grande interesse prático e teórico, podendo constituir, no futuro, objeto de novas investigações acadêmicas.

CONCLUSÕES

O emprego jurisprudencial reiterado da natureza permanente de uma infração como fundamento autorizador de restrição à inviolabilidade domiciliar foi neste trabalho problematizado como um problema específico de racionalidade na operacionalização dos direitos fundamentais.

Viu-se que crime permanente é uma classificação doutrinária que considera o momento consumativo do crime. Essa classificação foi referida pelo legislador no art. 303 do CPP para prever que, nestes casos, considera-se o agente em flagrante delito enquanto não cessada a permanência.

Na prática, após a invasão de domicílio encontra-se a comprovação da materialidade de um crime permanente. Dentre os exemplos empiricamente mais comuns estão a localização de drogas e de armas. A invasão estaria assim justificada, porque caracterizado o flagrante de crime permanente, sendo igualmente certo que o próprio texto constitucional teria previsto o flagrante como hipótese manifesta de exceção à regra.

Esse é o entendimento prevalecente na jurisprudência do STJ, que possui inclusive compilação de jurisprudência nomeada “exceções ao direito a inviolabilidade de domicílio”. O mesmo entendimento é sufragado pelos Tribunais Estaduais, notadamente o TJSP, que foi objeto de levantamento empírico nas etapas iniciais desta pesquisa.

O mesmo entendimento era também sufragado pelo próprio STF, que, todavia, declarou em novembro de 2015, no tema 280 da sistemática da repercussão geral, fruto do julgamento do RE 603.616/RO, a insuficiência do crime permanente como fundamento de restrição.

A compreensão pelo próprio Poder Judiciário de que uma linha argumentativa é insuficiente, problemática, assim como a formação de novo consenso na Corte acerca da necessidade de superação desse entendimento com propositura inclusive de novos parâmetros, revela preocupação com a racionalidade da jurisprudência brasileira sobre o tema.

Essa guinada foi feita em julgamento de mérito em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou seja, a matéria reveste-se de relevância política, social e jurídica, transcendendo os interesses do recorrente.

Com o tema 280, a inviolabilidade domiciliar como direito fundamental ganhou nova racionalidade exigindo-se controle *a posteriori* de toda e qualquer ação invasiva, que poderá ser reputada ilícita mesmo que identificado flagrante de crime permanente.

O argumento do crime permanente como problema está então completamente inserido no campo de investigação da linha de pesquisa que se propõe a compreender a relação entre racionalidade jurídica e direitos fundamentais na construção do Estado Democrático de Direito.

Teoricamente, a decisão do STF encontra respaldo na dogmática dos direitos fundamentais, sendo que para lá então deveria ser dirigido o olhar da pesquisa.

Dentre inúmeras possibilidades de aproximação teórica dessa realidade e desse problema, elegeu-se como ferramenta de trabalho a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Sem omitir que toda escolha guarda em si algum grau de aleatoriedade e de subjetividade do pesquisador, uma explicação dessa opção está no amplo debate firmado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira com o referido autor.

Além disso, a regra da proporcionalidade, muito utilizada na jurisprudência brasileira para equacionamento de colisão entre direitos fundamentais - embora nem sempre com o rigor original de sua formulação - é enunciada por Robert Alexy.

Esses aspectos, dentre outros explorados ao longo do texto, pareciam e parecem ainda agora demonstrar a pertinência da base teórica escolhida. Ela não é a única, mas é a que foi escolhida aqui.

Antes de chegar a Alexy, porém, foi preciso entender a tensão entre duas visões bem diferentes e conflitantes: aquela que enxerga direitos fundamentais como direitos absolutos e outra que os relativiza como necessidade de garantia da decidibilidade de casos concretos.

Identificada essa tensão, fez-se um levantamento histórico da proteção domiciliar desde as bases tradicionais, o que implicou passar pelo direito romano e por relatos de sua existência nas Ordenações. Percebeu-se, contudo, que, no sentido liberal e burguês de liberdade, esse direito tem forte origem na quarta emenda norte-americana.

Depois desse escorço, identificou-se que a perspectiva estática fornecida pela teoria do direito reforça o valor ético político da inviolabilidade domiciliar, ao passo que, em termos relacionais ou dinâmicos, a hermenêutica constitucional preocupa-se com a enunciação de categoria analíticas que permitam racionalidade decisória.

Daquela perspectiva da teoria do direito apresentada no capítulo 2, remanesce aqui muito vivamente a concepção de que os direitos fundamentais compõem a dimensão substancial da democracia (FERRAJOLI, 2011), o que explica a relação existente entre seu estudo e a construção do Estado Democrático de Direito.

Já no plano da hermenêutica constitucional, a partir da teoria de Alexy foi feito esforço no sentido de encontrar as categorias analíticas dos direitos fundamentais. Trabalhou-se os conceitos de suporte fático, âmbito de proteção e intervenção estatal, articulando-se essas categorias com a inviolabilidade domiciliar brasileira, fruto de dispositivo da Constituição acoplados a dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário.

Percebeu-se, em suma, que, se direitos fundamentais têm âmbito de proteção *prima facie* amplo e se a possibilidade de intervenção estatal é igualmente *prima facie* ampla, não pode haver fundamento que *a priori* seja capaz de afirmar inexistente o direito de proteção ao domicílio.

Prima facie sempre há proteção ao domicílio. Esta é uma conclusão primordial do trabalho. Ela ajudou a compreender que, mesmo em caso de flagrante existe proteção.

O flagrante, ainda que previsto no dispositivo constitucional, não é, segundo a teoria externa das restrições, uma exceção, mas uma cláusula restritiva diretamente constitucional dependente de avaliação no caso concreto à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas que se fizerem presentes.

Esse ponto, esclarece, ademais, que dispositivo legal não se confunde com norma.

Direitos fundamentais são por convenção princípios, mandamentos de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Se o enunciado normativo do art. 5º, XI, da CRFB reflete um princípio no plano normativo, é correto dizer que existe proteção ainda que o dispositivo contenha uma cláusula restritiva como o flagrante em sua redação.

Essa é uma clivagem importante que pareceu estar na base da jurisprudência superada pelo STF. Quando se diz, no caso concreto, que não há direito fundamental à proteção do domicílio porque configurado o flagrante, confunde-se o dispositivo com a norma.

Embora o dispositivo do art. 5º, XI, CRFB, contenha a cláusula restritiva “flagrante”, a norma continua sendo um princípio e, como tal, um mandamento de otimização. Essa natureza principiológica impõe como ponto de partida do intérprete a consideração de que *prima facie* existe o direito à proteção, mesmo que identificado um flagrante no caso concreto.

Esse modo de enxergar o direito fundamental remete à obrigatoriedade de análise do âmbito de proteção da inviolabilidade domiciliar, bem como à consideração da invasão amparada no flagrante como intervenção estatal.

Essas categorias dogmáticas do suporte fático constroem claramente a argumentação dos juristas, conduzindo-a para o campo específico do processo penal com

destaque para a observância do devido processo, das garantias mínimas do acusado, do exercício do contraditório e da ampla defesa, da aplicação do modelo acusatório e da aplicação dos ônus probatórios de cada parte. Daí a ligação feita a partir desse ponto no trabalho com o processo penal.

Se o argumento do crime permanente sob esse prisma desnatura-se em argumento de falsa legalidade ou zona de autarquia (RODRIGUEZ, 2013) e se ele não pode ser utilizado *a priori* para afastar o direito à inviolabilidade domiciliar, tudo fica colocado no plano da prova dos elementos que o Estado por meio da polícia tinha para ingressar na casa e da justiça desses fundamentos.

O Estado-juiz deverá pautar essa questão dentre as preocupações inerentes ao julgamento e não afastar de plano e sem possibilidade de controle, como invariavelmente ocorre pelo emprego do crime permanente, a possível violação a direito fundamental.

Tratando-se de prova potencialmente ilícita, a questão é tão séria que pode afetar, já na origem, a justa causa da ação penal.

Ademais, sob a influência da presunção constitucional de inocência deverá a acusação demonstrar de plano a legalidade do ingresso em casa alheia, não se transportando para essa seara a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

No julgamento é certo que a invasão já terá ocorrido, mas sua licitude - dependente da caracterização de violação ou de restrição constitucionalmente autorizada - estará posta em xeque no processo; um ponto controverso dependente de prova e submetido a controle *a posteriori* como disse o STF.

Haverá ainda no processo o problema da ilicitude da prova por um lado, confrontado por outro com a perfeita caracterização da materialidade do crime. A tensão entre direito individual e pretensão punitiva estará claríssima,

Nesse ponto, a natureza acusatória do processo e a noção de verdade como fruto do devido processo legal ditará soluções diferentes das possíveis no modelo inquisitorial, preocupado com a verdade real.

Por essas razões conclui-se pelo acerto da decisão fixada pelo STF no julgamento do RE 603.616/RO, que abre espaço para novas discussões e para a consolidação de uma nova jurisprudência, mais racional e alinhada aos direitos fundamentais, aspecto indispensável para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria da argumentação judicial**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Claudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, volume 95, março-abril, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova no processo penal**. 1.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 7.ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Constituição e normatividade dos princípios**: discursos e prefácios. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616-RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3774503>. Acesso em: 2 ago. 2016.

CASARA, Rubens RR; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição - Direito constitucional positivo, 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**. 6.ed. Saraiva, 2013.

CERVINI, Raúl. Incidencia de la *mass media* en la expansion del control penal en latinoamerica

in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, volume 5, janeiro-março, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Teoria da constituição e direitos fundamentais**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirlei da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. NUNES JUNIOR. Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2001.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. “Restrições de direitos fundamentais: conceitos, espécies e métodos de resolução”, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**. 1.ed. 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

FOUCAULT, Michel. “Gerir os ilegalismos”, in: _____. **Michel Foucault: entrevistas a Roger Pol-Droit**. São Paulo: Graal, 2006. p.41-52.

GALVÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. Volume 1. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 11.ed. Editora Perspectivas, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JUNIOR. Aury. **Direito processual penal**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MACHADO. Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão no recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PETERK, Sven (Coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIVA, Otávio. **Comentários ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 e teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Pulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTIAGO, Denny Mendes Santiago. **As limitações aos direitos fundamentais**: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SANTOS. Boaventura de Sousa. CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A inviolabilidade do domicílio e seus limites. *in* **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho, 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHULHOFER, Stephen J. **More essential than ever**: The fourth amendment in the twenty first century. Oxford University Press, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**. 1.ed. 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. “O proporcional e o razoável”. **Revista dos Tribunais** 798 (2002): 23-50.

_____. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1 (2003): 607-630.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZALUAGA, John. Winfried Hassemer: um discrepante em favor das liberdades. **Boletim IBCCRIM**, ano 22, nº 257, 2014.