



FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÉSAR CINTRA JATAHY FONSECA FILHO

**INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: A (I)LEGITIMIDADE DA
CONDUTA POLICIAL EM CASOS DE CRIMES PERMANENTES**

Salvador
2019

CÉSAR CINTRA JATAHY FONSECA FILHO

**INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: A (I)LEGITIMIDADE DA
CONDUTA POLICIAL EM CASOS DE CRIMES PERMANENTES**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

CÉSAR CINTRA JATAHY FONSECA FILHO

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: A (I)LEGITIMIDADE DA CONDUTA POLICIAL EM CASOS DE CRIMES PERMANENTES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019

RESUMO

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XI, o direito fundamental ao domicílio inviolável. Sabe-se, contudo, que existe previsão, inclusive do texto constitucional, de situações excepcionais em que esse direito fundamental será relativizado. Dentre as exceções previstas está a possibilidade de prisão em flagrante delito. Ocorre que essa exceção constitucional deve ser analisada de forma mais atenta, haja vista que a utilização de maneira desmedida e sem maiores cuidados pode gerar arbitrariedades e irregularidades, motivo pelo qual a doutrina expõe diversas críticas ao tema. A jurisprudência, por sua vez, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não conseguiu solucionar a celeuma. Através do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, o STF tentou solucionar o problema, determinando que as razões do ingresso forçado em domicílio devem ser justificadas posteriormente, sob pena de responsabilização do agente, mas, sem dar caráter mais objetivo sobre quais hipóteses justificariam a mitigação da inviolabilidade do domicílio. Buscou-se, deste modo, realizar a análise dos argumentos utilizados pela doutrina, bem como pelo STF na tentativa de pacificação da controvérsia, a fim de buscar qual a justa causa que justificaria a relativização do direito fundamental ao domicílio inviolável.

Palavras-chave: direitos fundamentais; inviolabilidade de domicílio; prisão em flagrante; crimes permanentes; violação de domicílio; abuso de poder; prova ilícita.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	10
2.1 O ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988	15
2.2 O ARTIGO 150 DO CÓDIGO PENAL	19
2.2.1 O conceito de casa alheia para efeitos penais	27
2.2.2 O consentimento do morador	29
3 O CRIME PERMANENTE E A PRISÃO EM FLAGRANTE	33
3.1 O CONCEITO DE CRIME PERMANENTE DA DOCTRINA	33
3.2 A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	35
3.3 O ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	38
3.4 O ARTIGO 303 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	44
3.5 A PRISÃO EM FLAGRANTE EM DOMICÍLIO	45
4 A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM FLAGRANTE DELITO DE CRIMES PERMANENTE	48
4.1 A ATUAÇÃO POLICIAL NOS CRIMES PERMANENTES	52
4.2 DO FLAGRANTE SEM INDÍCIO COMO PROVA ILÍCITA	59
4.3O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	63
4.3.1 O habeas corpus nº 127.457 e nº 138.565	64
4.3.2O Recurso Extraordinário nº 603.616	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERENCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico teve como principal objetivo abordar a questão da violação domiciliar feita pela polícia, em casos de flagrante de crimes permanentes.

Dada a sua grande relevância no ordenamento jurídico constitucional e penal, bem como para a sociedade brasileira, tanto o direito fundamental a inviolabilidade de domicílio como suas exceções legalmente previstas merecem ser analisados com maior profundidade para se verificar seus desdobramentos no ordenamento jurídico.

O tema deste trabalho de conclusão de curso foi escolhido tendo em vista a existência da colisão entre o direito fundamental à inviolabilidade do lar e a possibilidade de prisão em flagrante em domicílio, especialmente nos casos de crimes de natureza permanente.

Sob o ponto de vista social, o presente trabalho visa elucidar como vem ocorrendo as prisões em flagrante dentro do domicílio, bem como as invasões domiciliares feitas pela polícia, a fim de verificar se elas se enquadram ou não nas hipóteses legais de exceção à proteção constitucional dada ao lar.

Buscou-se neste trabalho de conclusão de curso, fundamentando-se a partir de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, analisar e compreender o instituto da inviolabilidade do lar e suas exceções, bem como identificar como vem ocorrendo as condutas invasivas.

Portanto, foi de suma importância estudar quais os elementos legitimariam a violação do domicílio, sob pena de eivar de ilicitude a prova obtida quando a violação for injustificada.

Foram tratados conceitos constitucionais, penais e processuais penais, a fim de verificar a aplicação da prisão em flagrante delito dentro do domicílio, bem como se abordou o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em algumas de suas decisões mais interessantes.

Para tanto, este trabalho foi estruturado em cinco capítulos, sendo três deles de desenvolvimento.

No primeiro, intitulado “os direitos fundamentais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 e a legislação infraconstitucional”, buscou-se, inicialmente, fazer uma análise

dos direitos fundamentais e de como eles são tratados pela Constituição Federal de 1988, texto que inaugurou um novo momento do constitucionalismo brasileiro, sendo considerado, portanto, um marco histórico.

Desse modo, abordou-se o papel dos direitos fundamentais nessa nova ordem constitucional brasileira, apontado o grande enfoque dado pelo legislador constitucional ao tema.

Ainda no primeiro capítulo, foi abordada com mais atenção a proteção constitucional dada ao domicílio, através da análise do artigo 5º, inciso XI, que traz a previsão da inviolabilidade do domicílio. Sendo demonstrada a grande importância constitucional dada ao direito fundamental ao domicílio inviolável, sendo estudadas as exceções constitucionais ao instituto, ou seja, os casos em que seria possível relativizar esse direito fundamental.

Fora trazido, ainda, o conceito de casa, abordando tanto a definição constitucional, como a penal, sendo evidenciado o caráter bastante amplo que se reveste o termo casa.

Ao final deste capítulo, comentou-se a proteção penal dada ao domicílio inviolável, realizando o estudo do artigo 150 do Código Penal, dispositivo que prevê o crime de violação de domicílio.

No segundo capítulo de desenvolvimento, abordou-se o conceito de crime permanente, o qual é tratado unicamente pela doutrina, haja vista não haver uma definição legal.

Também foi apresentada a questão da prisão em flagrante, sua justificativa, hipóteses de cabimento e seus objetivos, bem como as suas peculiaridades.

Desse modo, fez-se necessário estudar com detalhamento o artigo 302, do Código de Processo Penal brasileiro, para discutir as hipóteses de flagrante delicto, através de algumas opiniões doutrinárias.

Também se analisou o artigo 303, do CPP, para demonstrar o estado de flagrante permanente que ocorre nos crimes de natureza permanente, e as suas implicações.

No fim deste capítulo adentrou-se ao debate acerca da invasão domiciliar para efetuar a prisão em flagrante, pois, apesar desta ser permitida, é preciso ficar atento para o seu procedimento a fim de evitar eventuais arbitrariedades, em especial nos

casos de crimes permanentes, justamente por conta do estado de flagrância também permanente.

No terceiro e último capítulo fora discutida com mais profundidade a problemática da invasão domiciliar feita pela polícia. Nesse ponto, foram expostas diversas opiniões doutrinárias a respeito das possíveis arbitrariedades que pode ocorrer diariamente, em especial nos bairros mais carentes da sociedade.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Nesse capítulo introdutório serão estudados os direitos fundamentais, o seu tratamento pela Constituição Federal de 1988 e seu reflexo no Código Penal.

Inicialmente, é importante fazer uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Ao longo do estudo, será visto que na prática, os chamados direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos.

Para Camargo (2006, p. 26) os direitos fundamentais são manifestações positivas do direito, com aptidão para produção de efeitos jurídicos. Os direitos humanos, por sua vez, estão situados em uma dimensão supra-positiva.

Já na visão de Comparato (2001, p. 17), os direitos fundamentais são os direitos humanos declarados pelo Estado, sejam em suas Constituições ou mesmo por via de tratados, pactos e convenções. Os direitos humanos, por sua vez, encontram-se em nível supra-positivo, ou seja, direitos que ainda não chegaram a positivar-se, mas que vigem, efetivamente na consciência jurídica coletiva internacional.

Nesse contexto, a expressão direitos humanos é utilizada para se referir a direitos da ordem internacional, enquanto que a expressão direitos fundamentais é utilizada para se referir a direitos positivados na ordem interna do Estado. (BARRETTO, 2012, p. 01)

Sendo assim, a conclusão é a de que não há diferença de conteúdo entre os direitos humanos e fundamentais. A diferença que existe entre eles é de planos de positivação.

A questão dos direitos humanos se tornou, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, o tema mais importante e polêmico do Direito e da realidade social. Com a queda dos regimes totalitários que tanto marcaram a história mundial, iniciou-se um cenário de ressignificação do papel da Constituição dos Estados.

Após esse momento histórico, as Constituições começaram a positivar normas que visassem à limitação de poderes e que garantissem direitos fundamentais.

As Constituições deixaram de estabelecer tão somente acerca da organização do Estado e do Poder, passando também a incorporar explicitamente valores ligados a

proteção da dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, direitos fundamentais, prestação de serviços de toda natureza etc. (SAMPAIO, 2017, p. 171).

Com isso, os direitos humanos se tornam a temática mais importante e polêmica dentro do direito. Celso A. Mello (1984, p. 153) chega ao ponto de afirmar que quando se trata da temática de direitos humanos todo o resto do direito passa a ser secundário.

Os direitos fundamentais passam, portanto, a ter posição de destaque dentro das constituições dos países, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, ocupando um papel de bastante destaque e relevância nos textos constitucionais.

Por essa razão, é possível afirmar que o momento pós-guerra é um marco histórico de um novo direito constitucional, presente nas constituições da Europa Ocidental. No Brasil, entretanto, esse novo direito constitucional só chegou com a Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2007).

No tocante aos direitos fundamentais, muitos autores referem-se a “gerações” dos direitos fundamentais, afirmando que a história de tais direitos é marcada por uma graduação.

Teria surgido, em um primeiro momento, os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, surgiram os direitos coletivos, como os de solidariedade e de desenvolvimento. (DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 34)

Contudo, a opção terminológica (gerações) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere que houve uma substituição de uma geração pela outra, enquanto que na prática não houve essa substituição, pois nunca houve abolição dos direitos das gerações anteriores. Uma prova disso é que a Constituição brasileira de 1988 inclui indiscriminadamente direitos de todas as gerações. (DIMOULIS E MARTINS, 2007, p. 34)

Além disso, o termo “geração” não é cronologicamente exato, pois é possível afirmar que já havia direitos sociais garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII.

Dessa forma, se mostra inexato se referir a gerações dos direitos fundamentais, sendo mais correto e mais técnico a utilização do termo “dimensões”. (DIMOULIS E MARTINS, 2007, p. 34)

Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015, p. 151):

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

A grande finalidade dos direitos fundamentais, portanto, é a de limitar o exercício do poder estatal em face das liberdades individuais. Sendo um instrumento para garantir a liberdade individual em face do poder estatal, bem como garantir os direitos sociais e coletivos.

É importante destacar três elementos básicos dos direitos fundamentais. Primeiramente, os sujeitos da relação criada por esses direitos são o Estado e a pessoa. O segundo elemento seria a sua finalidade, qual seja, a de preservar a liberdade individual, as necessidades individuais e a preservação dos indivíduos. Por fim, o último elemento é a sua posição no sistema jurídico, que é definida pela supremacia constitucional. (DIMOULIS E MARTINS, 2007, p. 54)

Assim sendo, não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar.

Por esse motivo, um direito somente pode ser considerado como fundamental se for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional, ou seja, status de norma constitucional. (DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 54 e 55)

Portanto, os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, de acordo com a sua positivação, deixando de lado a relevância fundamental de seu conteúdo, bem como considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos. (DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 54 e 55)

No tocante a Constituição Federal brasileira de 1988, é possível afirmar que se trata de um texto constitucional que, de forma inédita, trouxe um catálogo bastante amplo de direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos antes de sua promulgação. (SARLET, 2012, p. 67)

Trata-se de um grande marco jurídico na temática dos direitos humanos. Além disso, a Carta Magna de 1988 foi responsável por promover mudanças significativas em relação a história constitucional do país, visto que nenhuma das Constituições anteriores deu tanta importância ao tema. (BARRETTO, 2012, p. 15)

A temática (direitos humanos) teve grande destaque no texto constitucional, por ser uma das grandes preocupações do constituinte. Natural essa preocupação do legislador constituinte originário, haja vista o contexto histórico à época da promulgação da Constituição Republicana, em que havia uma busca pela superação de um regime de exceção que perdurou no país por quase duas décadas. (BARRETTO, 2012, p. 15)

Nas palavras de Luis Roberto Barroso a Constituição Republicana “foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2010, p. 246).

Por essa razão, é importante que se diga que os valores dos direitos fundamentais condicionam a atuação do poder público como um todo, ou seja, servem como diretrizes para a atuação do poder legislativo, executivo e judiciário. (AMARAL, 2012, p. 179)

Os direitos humanos foram positivados logo no início da Constituição, demonstrando de forma inequívoca a grande valorização que o constituinte originário de 1988 quis dar ao tema. (BEZERRA, 2007, p. 231).

A CRFB de 1988 trata tanto dos direitos quanto das garantias fundamentais já em seu título II. Sendo essa positivação já no início do texto uma grande novidade, pois as Constituições pretéritas traziam a declaração de direitos sempre mais para o final do texto constitucional, já depois de organizar o Estado e os Poderes da República. (BARRETTO, 2012, p. 15)

A redação da Constituição Federal de 1988 fez o uso dessas duas expressões, “direitos” e “garantias”. Não são nítidas as diferenças entre direitos e garantias

fundamentais, pois, “em última instância, estas são direitos e estes são garantias. Entretanto, embora árdua a tarefa, é possível diferenciá-las. (ARAUJO e JUNIOR, 2015, p. 149).

Embora não sejam nítidas as diferenças entre essas duas expressões, pode-se afirmar que os direitos são disposições declaratórias, assim consideradas as que imprimam existência legal aos direitos. Já as garantias são disposições assecuratórias, assim consideradas as disposições que visem a defesa dos direitos, limitando o poder. (ALMEIDA, 1996, p. 32)

Dessa forma, enquanto os direitos teriam como característica marcante o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, pelo caráter assecuratório. Ou seja, as garantias seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados. (ARAUJO e JUNIOR, 2015, p. 150).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, primeiro artigo do Título II, é composto por 78 incisos. Este artigo é, sem dúvidas, um marco sem precedentes na história do Brasil, no que se refere à defesa de direitos e garantias fundamentais do cidadão contra a ingerência do Estado. (AMARAL, 2012, p.166).

Segundo Dirley da Cunha Jr, o artigo 5º da Constituição brasileira “contempla uma das maiores declarações de direitos do mundo”, o que demonstra de forma bastante clara a preocupação da Constituição em proteger os direitos humanos. (CUNHA JR, 2014, p. 535).

Esses direitos fundamentais presentes no artigo 5º se desdobram em alguns mandamentos éticos-jurídicos, quais sejam, respeito ao próximo, respeito à vida e à integridade física e moral, respeito à autonomia da vontade, respeito à liberdade, respeito aos direitos de personalidade e respeito à segurança jurídica. (MARMELESTEIN, 2014, p. 73)

Portanto, não se pode duvidar da grande importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Ocupando papel de destaque na Constituição Republicana de 1988, texto constitucional que representou um marco histórico do novo direito constitucional.

Nesse sentido, a especial importância dos direitos fundamentais também pode ser observada pela sua previsão já no início do texto constitucional, logo no preâmbulo

encontra-se o propósito do poder constituinte em instituir um Estado Democrático, destinado “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” (BRASIL, 1988)

Em seguida, no artigo 5º do texto encontra-se a previsão expressa dos direitos e garantias constitucionais. No tópico a seguir será analisado especificamente o direito fundamental ao domicílio inviolável, previsto na Constituição, em seu artigo 5º, XI.

2.1 O ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988.

Em seu artigo 5º, inciso XI, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, definindo ser a casa asilo inviolável do indivíduo (BRASIL, 1988).

A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental atribuído as pessoas em consideração a sua dignidade, com intuito de lhes garantir um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Mister salientar que neste presente trabalho monográfico referir-se-á à inviolabilidade de domicílio por vezes como direito fundamental e por outras como garantia.

Isso porque, conforme lições de Gilmar Mendes (2018, p. 170) “nem sempre a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida”, segundo o autor, na prática, essa diferenciação não apresenta maior importância, uma vez que a ordem constitucional brasileira confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

Esse direito constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade civilizada, sendo consagrado pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (LOPES, 2004, p. 87).

Esse preceito constitucional engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar, do sossego e da tranquilidade,

garantias que não podem ceder salvo, excepcionalmente, à persecução criminal ou tributária do Estado (LOPES, 2004, p.88).

Em seu inciso XI, o artigo 5º, Constituição Federal, 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.” (BRASIL, 1988)

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio está inserido em um grupo de direitos a ações estatais negativas, de não-intervenção. Portanto, um viés de Estado Liberal.

Ou seja, é um direito que o estado não afete determinada característica e situação do titular do direito. Portanto é um direito à não-afetação de uma determinada situação (ALEXY, 2015, p. 90).

Assim sendo, é um direito do indivíduo não ser importunado pelo arbítrio do poder estatal quando estiver protegido pela garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio. Logo, o Estado deve abster-se de atuar, pois essa situação (inviolabilidade de domicílio) gera o direito de que o Estado não afete tal característica. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p.49)

Dessa maneira, a inviolabilidade de domicílio constitui-se um direito fundamental de primeira dimensão ou geração. Isto é, é direito individual advindo do Estado Liberal, no qual se destaca a intervenção mínima do Estado com o intento de proteger e enfatizar o indivíduo. (LOPES, 2004, p. 87)

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p.51):

A essência do direito está na proibição imediata de interferência imposta ao Estado. Trata-se de um direito negativo, pois gera a obrigação negativa endereçada ao Estado, a obrigação de deixar de fazer algo. Trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão).

A Carta Magna oferece, expressamente, guarida ao direito fundamental à privacidade e, como desdobramento deste direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 garantiu expressamente o direito fundamental à intimidade, que é uma manifestação típica da privacidade. (CUNHA JR, 2014, p. 555).

O direito fundamental à intimidade é um direito especial ligado à essência do indivíduo, à sua personalidade. Segundo o autor Dirley da Cunha Junior (2014, p. 555) é “o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções”.

De acordo com Fernando B. de Almeida (1996, p. 63) a vida íntima é algo inseparável e inevitável dos seres vivos racionais e até mesmo dos irracionais superiores. Isto posto, é algo inerente à sua existência.

A proteção à intimidade do indivíduo encontra desdobramento no direito à inviolabilidade do domicílio, visto que este se preocupa com a preservação das coisas íntimas e privadas. Dessa forma, a inviolabilidade do lar revela-se um dos meios privilegiados para assegurar a proteção da vida privada e familiar.

Nesse contexto, o direito constitucional da inviolabilidade do domicílio decorre diretamente dos direitos à intimidade e privacidade. O constituinte positivou a garantia de não ter a casa invadida sem o consentimento do morador, salvo em quatro hipóteses previstas na própria Carta Magna. (MARMELSTEIN, 2014, p. 149).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Neto (2013, p. 546):

No que toca ao conteúdo e limites do direito à inviolabilidade do domicílio na Constituição Federal vale destacar que a evolução da proteção do domicílio na esfera do direito constitucional e comparado acabou influenciando significativamente o constituinte de 1988. De acordo com o art. 5.º, XI, da CF, “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”.

Os referidos autores ainda completam que:

Muito embora a Constituição Federal não tenha utilizado a expressão domicílio, substituindo-a por “casa”, os termos não de ser tomados como equivalentes, 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.

O domicílio do indivíduo, nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p.289), “delimita o espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões.”

Dentro do seu domicílio o indivíduo, titular do direito, não poderá sofrer intromissão por terceiros, devendo gozar da tranqüilidade da vida íntima. Há uma amplitude do sentido de “casa” empregado constitucionalmente. A doutrina costuma atribuir um caráter bastante amplo ao conceito de domicílio.

Por esse motivo, o conceito de casa deve compreender não só o domicílio ou residência, mas também qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce alguma profissão ou atividade.

Ainda segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco (2017, p. 290) “o conceito de domicílio abrange todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual. O conceito constitucional de domicílio é, assim, mais amplo do que aquele do direito civil.”

Ocorre que, o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, como todo e qualquer direito, não se trata um direito absoluto, por essa razão, a própria Constituição estabelece exceções à inviolabilidade de domicílio. (MENDES e BRANCO, 2017, p.292)

Ao mesmo tempo em que afirmou que a casa é asilo inviolável do indivíduo, e que ninguém poderá penetrá-la sem consentimento do morador, o legislador constituinte previu quatro hipóteses em que haveria legitimidade na entrada em domicílio sem o consentimento do morador. São os casos de “flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

A intimidade, vida privada, bem como a proteção a violação do domicílio do indivíduo é de tamanha importância para o constituinte que, no intuito de preservar ainda mais sua intimidade, o legislador determinou que as ordens judiciais que autorizem o ingresso de agentes públicos na casa de alguém sem o consentimento do morador devem ser realizadas somente durante o dia. (MARMELSTEIN, 2014, p. 152).

Nesse contexto, fica evidente a relevante proteção constitucional ao domicílio. Todavia, não é somente na Constituição que há a previsão de proteção ao lar.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa com a temática, haja vista existir proteção a tal garantia pelas normas infraconstitucionais, pois não se pode esquecer que uma das características dos direitos fundamentais é a sua eficácia irradiante, ou seja, os valores dos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico.

Cumprido mencionar, que existem exceções infraconstitucionais à inviolabilidade de domicílio. Entretanto, para estarem em conformidade com o texto constitucional, as autorizações de violação devem precisar os objetivos a atingir, as autoridades responsáveis, os locais em que elas podem ser efetuadas e os procedimentos a respeitar. (MORANGE, 2004, p. 190)

Dessa maneira, é possível afirmar que o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio ocupa lugar de bastante destaque dentro da Constituição Republicana. No tópico subsequente será abordado o reflexo dessa importância na legislação infraconstitucional, analisando, especialmente, a proteção penal ao domicílio.

2.2 ARTIGO 150 DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal de 1940 também consagra a proteção ao domicílio. O artigo 150 define como crime “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências” (BRASIL, 1940)

Essa proteção penal existe para concretizar a garantia constitucional do princípio da não violação do domicílio. O Direito penal, como instrumento sancionador, prevê o crime contra a inviolabilidade de domicílio a fim de efetivar na prática a garantia constitucional, o objeto jurídico dessa proteção é a tranquilidade doméstica. (LOPES, 2004, p. 99)

Delmanto (2010, p. 536) afirma que não há uniformidade na doutrina no que diz respeito ao objeto jurídico protegido pelo tipo penal em análise. Aponta-se, entre outras objetividades, a liberdade individual, a tranquilidade doméstica, a inviolabilidade da casa etc.

Já Bitencourt (2007, p. 395) entende que a variedade terminológica para definir o bem jurídico tutelado (inviolabilidade da casa, liberdade individual, tranqüilidade

doméstica) não tem o condão de alterar a natureza do bem jurídico, que seria a proteção da liberdade, da paz e da segurança da cédula familiar ou, “na feliz expressão da Constituição Federal, do ‘asilo inviolável’”

Sendo assim, o que esse tipo penal em estudo busca resguardar é a liberdade individual, “na sua expressão mais elementar, que é a inviolabilidade domiciliar, a vulnerabilidade do lar, que é o lugar mais recôndito que todo ser humano deve possuir, para encontrar a paz, tranqüilidade e segurança junto aos seus familiares.” (BITENCOURT, 2007, p. 395)

Ainda de acordo com as lições de Bitencourt (2007, p.395):

“a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual, assumem dimensão superior no recesso do lar e aí, mais que em qualquer outro lugar, necessitam de irrestrita tutela legal, justificando-se, inclusive, a proteção constitucional (art. 5º, X).”

O sujeito ativo do crime em estudo pode ser qualquer pessoa, até mesmo o proprietário do imóvel locado. Ou seja, mesmo o proprietário do imóvel pode ser agente do delito quando a posse do imóvel esteja legitimamente com algum terceiro de boa fé.

Já o sujeito passivo fica restrito à pessoa que tem direito sobre o lugar invadido, ou seja, é a pessoa que tem o poder legal de controlar a entrada e saída do domicílio. (NUCCI, 2015, p. 830)

Nesse contexto, somente pode recusar o ingresso ou permanência de alguém na casa ou em suas dependências quem detém o poder legal para tanto. Ou seja, seria aquele que a redação do tipo penal aponta por meio da expressão “de quem de direito”. (GRECO, 2012, p. 527)

Para entender melhor essa expressão utilizada pela redação do artigo em estudo (de quem de direito), é preciso esclarecer que existem dois regimes que devem ser observados para fins de identificação daquele que detém o poder de permitir ou negar o acesso de alguém em sua casa. Há o regime de subordinação, bem como o regime de igualdade. (GRECO, 2012, p. 527)

É interessante abordar esses dois regimes quando existe mais de um morador na

casa. Portanto, esses dois institutos se mostram bastante relevantes, com intuito de definir a pessoa responsável por autorizar ou não o ingresso no domicílio.

No caso da subordinação há uma relação hierárquica entre os diversos moradores. E, nesse caso, cabe ao superior permitir o ingresso ou permanência de estranhos no recinto. É o que ocorre, por exemplo, em colégios. (PRADO, 2010, p.296)

Nesses casos, compete àquele que possui posição hierárquica superior permitir ou impedir o acesso de pessoas àquele local. Assim, por exemplo, no caso de um colégio, será o diretor que irá tomar a decisão, pois este se encontra em uma posição superior dentro do estabelecimento (PRADO, 2010, p. 297).

Da mesma forma, os pais ocupam uma posição hierárquica superior em relação aos filhos que são dependentes deles e que ainda vivem sustentados por eles sob o mesmo teto.

Dessa forma, para entendermos quem possui o poder de recusar o ingresso de alguém devemos apontar aquele que se encontra em uma posição superior, ou seja, de autoridade.

Ao contrário, como será melhor demonstrado no parágrafo seguinte, no regime de igualdade, o direito de permitir o ingresso ou permanência de estranho pertence a todos os moradores.

Isso porque nesse caso não há relação de hierarquia, há vários cômodos independentes, materialmente reunidos e cada morador é dono de seu aposento, como bem observado por Luiz Regis Prado (2010, p. 310):

“sob o regime de igualdade, pertence a todos os moradores o direito de inclusão ou exclusão. Assim, quando se trata de habitação contendo vários cômodos independentes (v.g., república infantil), materialmente reunidos, cada morador é dono de seu aposento e pode nele admitir quem quer que seja. Nos espaços comuns (v.g., corredores, saguões, escadas etc.) a autorização para entrada ou permanência pode provir de qualquer um dos moradores. Havendo conflito de vontades, predomina a vontade da maioria ou, em caso de empate, a negativa (*melhor est conditio prohibentis*)”

Em suma, quando estamos diante de um regime de igualdade, compete a todos os moradores, igualmente, o poder de permitir ou impedir o ingresso de pessoas. (GRECO, 2012, p. 527). Essencial mencionar ainda que, conforme ensinamentos de

Luiz Regis Prado, caso haja conflito de vontades, predomina a vontade da maioria ou, em caso de empate, a negativa. (PRADO, 2010, p. 296)

Ademais, no delito de invasão de domicílio admite-se tanto a ação de ingresso no lar alheio, bem como a omissão de sair da casa estranha.

O primeiro núcleo do tipo penal é representado pelo verbo entrar. Isso significa o ato de ingressar nos limites da casa alheia ou de suas dependências. Há também um segundo tipo penal, que é o de permanecer em casa alheia, ou seja, recusar-se a sair, relutar-se em aceitar a vontade do titular do domicílio, que deseja que o agente se retire. (PRADO, 2010, p. 297)

Em suma, a análise do núcleo do tipo em estudo sugere que a ação de entrar significa ir de fora para dentro, uma ação de penetração, de invasão, de ultrapassar os limites da casa ou suas dependências. (NUCCI, 2015, p. 830).

Já a ação de permanecer, ao contrário, deve ser entendida como o ato de não querer sair, que implica em inação, ou seja, deixar de sair, fixando-se no local. Somente permanece, portanto, quem já estava dentro licitamente, o que visualiza um comportamento negativo do agente. (GRECO, 2012, p. 526)

O artigo 150 também prevê hipóteses que qualificam o crime, isto é, alteram o mínimo e o máximo no quantum abstrato da pena, pois implicam em maior reprovação social da conduta delitiva.

O parágrafo primeiro do artigo em estudo prescreve as hipóteses de crime qualificado. De acordo com o dispositivo, “se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas”. (BRASIL, 1940)

Por noite se entende o período compreendido entre o completo pôr do sol e o seu nascer. É o fenômeno da absoluta ausência de luz. E, dessa forma, a prática do delito nessas condições diminui drasticamente a defesa da vítima e facilita a impunidade do agente. (PRADO, 2010, p. 300)

Trata-se do período em que o sujeito está menos vigilante e em fase de descanso. Nesse caso a defesa privada está enfraquecida, o que torna mais fácil a invasão do domicílio.

Além disso, a própria Constituição da República prescreve que, à noite, o domicílio

se torna asilo inviolável até mesmo às ordens judiciais, somente cedendo quando há flagrante de delito, desastre ou dever de prestar socorro, hipóteses que são nitidamente excepcionais. (NUCCI, 2015, p. 831)

No caso do local ermo trata-se de um local afastado dos centros habitados, ou seja, é um local habitualmente isolado, deserto e pouco freqüentado. Sendo que, caso o local esteja acidentalmente ou ocasionalmente ermo não incide a qualificadora. (PRADO, 2010, p. 300)

Já o emprego da violência que qualifica o crime é a agressão física. É a força física empregada para suplantar a resistência, não incluindo, portanto, o emprego da violência moral, pois, nesse caso, o legislador utiliza a expressão “grave ameaça”. (LOPES, 2004, p. 97)

O emprego de arma também é uma das hipóteses qualificadora do crime. A arma pode ser de qualquer espécie (própria ou imprópria), havendo a majoração ainda que o agente se apodere dela apenas no interior da casa. Se o sujeito, por exemplo, somente se apoderar de uma faca que se encontrava no jardim da casa (COSTA JÚNIOR, 1996, p. 445).

O emprego de armas intimida o ofendido, paralisando a sua possível reação, de modo a diminuir ou anulada a oposição que eventualmente possa ser feita pela vítima. (COSTA JÚNIOR, 1996, p. 445)

A última qualificadora trazida pelo artigo 150 trata-se do concurso de pessoas na prática de violação do lar alheio. Para a incidência dessa qualificadora, não basta o fato de que duas ou mais pessoas entrem ou permaneçam contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, é fundamental que as pessoas hajam unidas por esse propósito, ou seja, ligadas pelo vínculo psicológico característico do concurso de pessoas (GRECO, 2012, p. 533).

Caso contrário, não havendo esse vínculo, cada uma delas responderá pela sua violação de domicílio sem a imposição da qualificadora de concurso de pessoas. (GRECO, 2012, p. 534)

Já no parágrafo segundo do crime em tela há um aumento de pena “se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder”. (BRASIL, 1940).

O abuso de poder ocorre quando o funcionário público comete excessos no cumprimento de seu dever legal. Por exemplo, quando um oficial de justiça, ao cumprir um mandado judicial, permanece na casa do sujeito contra a vontade deste e desnecessariamente, além da hora legal.

Já o parágrafo terceiro prescreve hipóteses de excludentes de ilicitude, sendo lícita a invasão que ocorra nas condições estipuladas nesse parágrafo.

Essas causas especiais de justificação ressaltam as exceções à inviolabilidade de domicílio previstas no inciso XI do art. 5º da CF de 88, razão pela qual este parágrafo em análise deve ser interpretado e aplicado em consonância com o mencionado inciso constitucional.

Segundo o inciso I do parágrafo em análise “não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência”.

Nessa hipótese narrada acima há exclusão de ilicitude do delito de violação de domicílio desde que haja a ordem judicial e que a violação ocorra durante o dia. (LOPES, 2004, p. 98)

Ou seja, durante o dia o funcionário público pode entrar ou permanecer em casa alheia, ou em suas dependências, para realizar qualquer diligência, seja de natureza policial, judicial, fiscal ou administrativa, desde que seja por determinação judicial.

No inciso II do parágrafo terceiro há a previsão de que não constitui crime “a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de ser”.

Nos tribunais brasileiros, um caso bastante comum de flagrante de delito, excepcionando a proteção à inviolabilidade de domicílio, é o tráfico de entorpecentes, tendo em vista que constitui um crime de natureza permanente.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça (2019):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL AUTORIZANDO O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO DESPROVIDO.

1. Por se tratar de flagrante de crime permanente, afigura-se dispensável o mandado judicial de busca e apreensão, podendo a autoridade policial realizar a prisão do agente, ainda que em seu domicílio e sem seu consentimento, quando a conduta flagrantial estiver precedida de fundada suspeita.

2. No caso, após tocar a campainha, os policiais observaram a recorrente correndo ao fundo do imóvel e dispensando o material ilícito, o que caracterizou a fundada suspeita, legitimando a entrada na residência.

(...)

4. A grande quantidade de entorpecente localizada em poder da recorrente é fator que, somado à apreensão de petrechos comumente utilizados no preparo dos estupefacientes (balança de precisão, microtubos de eppendorfs vazios e rolos plásticos), revelam maior envolvimento com a narcotraficância, mostrando que a manutenção da prisão preventiva encontra-se justificada e é necessária para preservar a ordem pública e, conseqüentemente, acautelar o meio social.

(...)

7. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(grifei)

É imperioso que se observe, contudo, que nesses casos não são poucos os exemplos em que há abuso da autoridade policial ao violar domicílios sob o pretexto de que, através de uma denúncia anônima lhes teria sido comunicado que lá se encontrariam entorpecentes para a prática de tráfico, ou armamento de uso proibido ou restrito. Modalidades, portanto, de crimes permanentes (DELMANTO, 2010, p. 538)

Portanto, conforme será melhor abordado nos capítulos seguintes do presente trabalho a entrada forçada injustificada em domicílio mostra-se arbitrária e configura abuso de autoridade.

Com efeito, ainda que o flagrante se confirme, o encontro posterior de prova da materialidade não tem o condão de afastar o abuso de autoridade, não se enquadrando na hipótese de excludente de ilicitude. Não será a constatação de

situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida, a atuação policial deve ser avaliada com base nos indícios que os agentes possuíam anteriormente ao ingresso forçado no domicílio (HOFFMANN, 2017, p.8).

Assim sendo, é necessário ter o devido cuidado quando a violação de domicílio tratar-se de flagrante delito de crime permanente, pois, sobretudo nos domicílios mais humildes, o abuso de autoridade por parte dos policiais impõe constrangimentos absolutamente desnecessários a todos os seus moradores. (DELMANTO, 2010, p. 537)

Entretanto, a temática do flagrante delito no caso de crimes de natureza permanente será tratada de maneira mais aprofundada em capítulo posterior do presente trabalho monográfico.

Por ora, é de extrema importância que se observe alguns aspectos nesse caso de ingresso autorizado pelo flagrante de delito no art. 150, §3º, inciso II, do Código Penal.

Ao estudar o artigo 150 em conformidade com a Constituição Federal é de se entender que a parte final do inciso II estaria derogada pela Constituição. A Carta Magna de 1988 é expressa em autorizar o ingresso na casa de alguém, durante a noite, somente quando houver o flagrante delito, o que não estaria abrangendo a hipótese de iminência de cometimento de crime. (NUCCI, 2015, p. 829)

Ocorre que a redação do final do inciso II autoriza o ingresso em casa alheia, a qualquer hora do dia e da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na *iminência de o ser*.

Segundo Guilherme Nucci (2015, p.834):

As hipóteses de flagrante de delito são claras: estar cometendo a infração penal; ter acabado de cometê-la; ser perseguido, logo após o cometimento do crime, pela autoridade, em situação de presunção de autoria; ser encontrado logo depois do cometimento do delito com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir autoria (art. 302, CPP).

Logo, fica evidente que não se pode invadir o domicílio de alguém à noite, para impedir um crime que está prestes a ocorrer.

Por outro lado, se houver vítima individualizada, necessitando de socorro, pode

valer-ser o agente do dispositivo, quando invadir o domicílio a fim de prestar socorro, inserindo-se, dessa maneira, na norma constitucional do artigo 5º, inciso XI, que menciona a situação específica de prestar socorro. Fora dessa hipótese é de se entender que se encontra revogada a parte final do inciso II do §3º, visto que traria uma causa de excludente de ilicitude que não é prevista pela CF.

Além dessas hipóteses previstas pelo parágrafo terceiro, existem outras situações que da mesma forma excluem o crime. A legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Além disso, o inciso XI, do artigo 5º, da Constituição, prevê a excludente nos casos de desastre ou para prestar socorro. (SANCHES, 2008, p.101)

Sendo que, no caso do regime de igualdade, nos espaços comuns a autorização para entrada ou permanência pode vir de qualquer um de moradores. Caso haja conflito de vontades, predomina a vontade da maioria ou, em caso de empate, a negativa. (PRADO, 2010, p. 296)

Portanto, para além da proteção constitucional conferida ao lar, também é grande a importância dada pelo Código Penal brasileiro. Sendo uma forma de garantir a eficácia de um direito fundamental tão importante para o legislador originário.

No próximo tópico será abordado o conceito de casa para efeitos penais. Sendo demonstrado que o Código Penal, em consonância com a Constituição, adota um conceito bastante amplo.

2.2.1 O CONCEITO DE CASA ALHEIA PARA EFEITOS PENAIIS

O conceito penal de casa se difere bastante do conceito civil, e é dado pelos parágrafos 4º e 5º do artigo 150. O Código Penal, ao tutelar o domicílio, como será melhor demonstrado ao longo deste tópico, opta pela utilização do termo “casa”, que deve ser entendido por qualquer espaço delimitado que sirva de habitação a alguém.

Segundo o texto legal, a expressão “casa” abrange “I - qualquer compartimento habitado, II - aposento ocupado de habitação coletiva, III - compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade.” (BRASIL, 1940)

Entende-se como casa qualquer lugar onde alguém habite que, em regra, não é um

local público. Toda e qualquer habitação merece proteção, por isso, mesmo que esse local tenha um caráter eventual, como, por exemplo, uma barraca de campista ou um barraco de favela, merece proteção. (NUCCI, 2015, p. 831)

Além disso, não é necessário que este compartimento habitado esteja fixo ou afixado em algum local, pode ser móvel, flutuante, como, por exemplo, um barco ou um trailer. (BITENCOURT, 2007, p. 398)

Já a expressão aposento ocupado de habitação coletiva, embora certamente já abrangida pela situação anterior, visto que pode ser facilmente compreendida de acordo com o conceito de qualquer compartimento habitado, traduz as hipóteses em que determinada pessoa reside em lugares tais como pensionatos, hotéis, motéis etc. (GRECO, 2012, p. 538)

Isto posto, como aposento ocupado de habitação coletiva entende-se que seja o cômodo onde o indivíduo mora, em local destinado a várias pessoas. Esse cômodo é a “casa” do indivíduo e está protegido pela inviolabilidade constitucional. (BITENCOURT, 2007, p. 398)

Nesse contexto, o quarto de hotel ocupado por um hospede está protegido pela inviolabilidade. Por outro lado, pode-se afirmar que a parte do hotel, motel, pensão etc., que é aberta ao público não é objeto da proteção penal. Apenas sendo objeto da proteção o “aposento ocupado”. (BITENCOURT, 2007, p. 398)

Assim o ingresso no saguão do hotel não depende de autorização, pois se trata de um local que é aberto ao público.

Já o compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce sua profissão refere-se ao local em que o ser humano desenvolve sua profissão, atividade ou os seus negócios, tais como escritório de advocacia, engenharia, economia etc. Quem ingressar nesses locais sem o devido consentimento pratica o crime de violação de domicílio. (BITENCOURT, 2007, p. 398)

Por outro lado, aquelas dependências desse compartimento que forem abertas ao público não são abrangidas pela proteção legal em estudo. Pois, nesses locais, as pessoas podem entrar e sair livremente. São exemplos, as salas de recepção ou de espera. (BITENCOURT, 2007, p. 398)

Em suma, se compreende no termo “casa”, qualquer compartimento habitado, o

apartamento de habitação coletivo ocupado, o quarto locado de hotel ou pensão, o compartimento onde alguém exerça sua atividade, ou até mesmo a caverna em que o homem venha a proteger-se eventualmente das intempéries, uma cabina, um trailer, o vagão do artista de um circo, um barco, um vagão de trem abandonado, um abrigo embaixo de ponte ou viaduto etc.” (COSTA JUNIOR, 1996, p.444)

As dependências da casa também são protegidas pela inviolabilidade de domicílio. Por estas devem entender-se os lugares acessórios ou complementares da moradia ou habitação, como, por exemplo, os jardins, pátios, quintais, garagens etc., desde que se trate de recintos fechados, ou seja, lugares que não devem ser franqueados ao público. (SANCHES, 2008, p. 105)

Portanto, para que as dependências também estejam protegidas pelo direito fundamental em análise é necessário que tenha muros, grades ou cercas, que torne a dependência da casa um local fechado. (DELMANTO, 2010, p. 536)

Por outro lado, a casa desabitada não pode ser objeto material do delito em estudo, isso porque é nítida a exigência de que o lugar seja ocupado por alguém e que sirva de moradia. (NUCCI, 2015, p. 831)

Em suma, o conceito penal de casa alheia deve ser entendido na forma mais ampla possível, abrangendo qualquer compartimento habitável, ainda que em caráter não habitual (eventual), independente da sua destinação, bem como suas dependências.

No próximo tópico serão abordadas as peculiaridades e especificidades do consentimento do morador como excludente de ilicitude do tipo penal em estudo.

2.2.2 O CONSENTIMENTO DO MORADOR

No que tange ao consentimento do morador, a sua ocorrência descaracteriza a violação ao domicílio, já que a permissão para entrada no domicílio é um direito individual disponível.

Nesse contexto, por conveniência e interesse, pode o indivíduo permitir a entrada de quem quer que seja em seu lar.

O consentimento constitui uma causa de exclusão da própria tipicidade porque

consiste na renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis, como é o caso do domicílio. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 261). Dessa forma, nota-se que a regra é a presunção de não consentimento, especialmente nas hipóteses de ingresso policial, sendo a anuência do morador exceção que configura causa excludente de ilicitude.

Para Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 263) “o consentimento real do titular do bem jurídico disponível tem eficácia excludente da tipicidade da ação porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício de liberdade constitucional.”

O crime de violação de domicílio previsto no artigo 150 exige dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de entrar ou permanecer sem consentimento.

Sendo assim, o agente deve saber que há vontade contrária ao seu comportamento. O consentimento de um dos moradores faz desaparecer o dolo específico. (DELMANTO, 2010, p. 538)

Dessa maneira, o consentimento da esposa do chefe da casa exclui o “dolo específico”. O consentimento da empregada exclui o “dolo específico”. (DELMANTO, 2010, p.538)

O consentimento pode se dá de maneira expressa ou tácita. No primeiro caso a vontade é manifestada claramente. Ou seja, é aquela manifestada claramente por aquele que detém o poder de permitir ou recusar o ingresso de alguém em sua residência. (GRECO, 2012, p. 526)

Já no segundo caso a vontade é exposta de maneira implícita, mas compreensível. Ou seja, é aquela vontade de natureza presumida.

Um exemplo de consentimento tácito seria o caso da camareira que ingressa no quarto ocupado a fim de fazer a limpeza do local. Esse consentimento é dado de maneira tácita pelo simples fato de se estar em um hotel e conhecer as regras que o regem. (NUCCI, 2015, p. 830)

Contudo, o consentimento ainda que tácito, deve ser claro, sério livre e determinado, pois uma simples inércia, sem que ocorra uma vontade de renunciar à tutela jurídica não é suficiente para o reconhecimento do consentimento. (PIERANGELLI, 1989, p. 145)

O autor Pirangelli (1989, p. 145) traz o exemplo de quando um ladrão ingressa em uma residência, e o proprietário o vê apoderar-se de algum objeto, mas por temor o morador permanece inerte. Contudo, isso não significa que, ao suportar o prejuízo, o dono da residência tenha consentido o furto.

Dessa maneira, a simples inércia, obviamente, não pode gerar a justificação. A falta de um dissentimento claro não é equivalente a um consentimento tácito, e para o reconhecimento de uma justificativa reclama-se a existência de um consentimento válido (PIERANGELLI, 1989, p. 145).

É importante ressaltar que o consentimento é revogável, pois não cria nenhum vínculo obrigatório e também não transfere para o agente direito à execução do fato. Dessa forma, se a revogação do consentimento ocorre durante a realização do fato consentido, não pode o agente prosseguir na sua execução (PIERANGELLI, 1989, p. 150).

Segundo a redação do artigo 150, caput, há três modalidades de invasão. A clandestina, a astuciosa e a contra a vontade tácita ou expressa de quem de direito.

Ao fazer referência a invasão de maneira clandestina, o tipo penal quer demonstrar que seria o caso da invasão oculta, sem se deixar notar. Justamente por isso está-se pressupondo ser contra a vontade de quem de direito e, portanto, sem consentimento (NUCCI, 2015, p. 830).

Já o modo astucioso significa invadir o domicílio fraudulentamente, criando um subterfúgio para ingressar no lar alheio de má-fé. Nesse caso também há a presunção de ausência de consentimento (NUCCI, 2015, p. 831).

Em que pese a importância do direito fundamental a inviolabilidade de domicílio, como um direito de proteção da liberdade individual, o já estudado §3º prescreve situações em que o ingresso independe do consentimento de quem de direito.

Dessa forma, verifica-se que o consentimento do morador não é elemento absoluto. Nesse sentido, veja-se ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 413):

A inviolabilidade de domicílio não é absoluta, como convém a uma sociedade pluralista e democrática, pois interesses superiores devem autorizar a intervenção do Estado que deve garantir a liberdade, a segurança e paz também da coletividade. Por isso, como a inviolabilidade domiciliar constitui dogma constitucional, a própria Constituição encarrega-se de estabelecer as exceções que, eventualmente, pode autorizar a

necessidade de intervenção no lar, independentemente da vontade de quem de direito, desde que, logicamente, sejam cumpridas as formalidades legais e constitucionais.

Portanto, em que pese a grande importância dada pelo tipo penal ao consentimento do morador, este cede diante de algumas situações excepcionais, em que há interesses maiores do que a preservação do domicílio inviolável.

Nesses casos, é possível o ingresso em domicílio alheio independentemente da existência de consentimento.

Dessa forma, a partir dos ensinamentos trazidos no presente tópico, é possível concluir que o consentimento do morador diz respeito a sua liberdade individual, sendo um direito disponível do seu titular, ou seja, do morador. Tendo a função de excluir a ilicitude da conduta, podendo ser expresso ou tácito. Quando há consentimento, não há violação de domicílio, ou seja, não há crime.

3 – O CRIME PERMANENTE E A PRISÃO EM FLAGRANTE

Neste capítulo será estudado o conceito de crime permanente trazido pela doutrina, visto que não há um conceito definido pela legislação penal.

Além disso, será estudada a prisão em flagrante e suas possibilidades, através do estudo mais pormenorizado dos artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal, bem como de opiniões e visões de autores da seara penal.

3.1 O CONCEITO DE CRIME PERMANENTE DA DOUTRINA

Quanto à consumação, os crimes podem ser classificados em instantâneos, permanentes e instantâneo de efeitos permanentes. A legislação não traz o conceito de crime permanente, sendo esse um trabalho feito pela doutrina.

Crime instantâneo é aquele que a consumação é imediata, sem qualquer prolongação, se consumam com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo. (NUCCI, 2015, p. 130).

Ou seja, o crime instantâneo é aquele cuja consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo. Um exemplo de crime instantâneo é o furto, infração prevista no artigo 155, do Código Penal, com exceção do furto de energia elétrica, hipótese de crime permanente. (MASSON, 2015, p. 212)

Já os crimes instantâneos, de efeitos permanentes, apesar de também se consumarem em momento determinado, tem como característica o fato de que os efeitos dele decorrentes são indelévels (CUNHA, 2018, p. 197).

Nesse tipo de delito, portanto, a ação delituosa é uma só, enquanto o resultado da lesão é que permanecerá no tempo. Um exemplo de crime instantâneo, de efeitos permanentes, é o estelionato praticado contra a Previdência Social.

Nesse exemplo de infração, embora a ação fraudulenta seja instantânea, o bem jurídico será atingido mensalmente, a cada saque indevido do benefício previdenciário. (PACELLI, 2018, p. 637)

Pelo exposto, a conclusão é que, nos crimes instantâneos, de efeitos permanentes, os efeitos subsistem após a consumação, independentemente da vontade do agente. (MASSON, 2015, p. 213)

De outra maneira, os crimes permanentes, objeto de estudo deste trabalho, tratam-se de modalidade criminosa em que a ofensa ao bem jurídico se dá de maneira constante e cessa de acordo com a vontade do agente (CUNHA, 2018, p. 197).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 130), como regra, o crime permanente realiza-se em duas fases, uma comissiva e outra omissiva, esta seguindo à primeira, bem como se voltam contra bens imateriais, a exemplo da liberdade e saúde pública.

O referido autor menciona, ainda, a figura do crime eventualmente permanente, aquele delito que, em regra, é instantâneo, mas, em caráter excepcional, pode ser realizado de modo a lesionar o bem jurídico de maneira permanente.

Nos crimes permanentes a ação delituosa permanece no tempo, de modo que a consumação do tipo não cessa com a realização do comportamento previsto. (PACELLI, 2018, p. 637)

De acordo com o autor Tales Castelo Branco (2001, p. 68), a principal característica do crime de natureza permanente é que neste tipo de delito o sujeito ativo tem o poder de sustar o procedimento criminoso, embora sem aptidão para fazer desaparecer a infração cometida. Por outro lado, se o sujeito ativo não possuir essa faculdade descrita acima é porque o delito é de natureza instantânea.

Nesse contexto, aquele que sequestra uma pessoa, enquanto ainda estiver com a pessoa em seu poder, cerceando sua liberdade, está em franca execução do crime.

Em suma, a doutrina define que os crimes de natureza permanente são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente infrator. O ordenamento jurídico é agredido reiteradamente enquanto durar a situação de ilicitude.

São exemplos de infrações permanentes o crime sequestro, extorsão mediante sequestro, manutenção em cárcere, depósito ou guarda de drogas e manutenção de cárcere. (PACELLI, 2018, p. 637)

Em todos esses crimes citados acima o bem jurídico permanecerá sendo atingido enquanto a liberdade individual estiver restringida.

Na prática, a importância de constatar a permanência reside em estabelecer o início da contagem do prazo prescricional, que só se inicia depois de cessada a ofensa ao bem jurídico, conforme previsão do art. 111, III, do Código Penal.

Outra relevância prática, que será estudada no próximo tópico, é a possibilidade, em qualquer momento, da prisão em flagrante (CUNHA, 2018, p. 197).

Importante fazer a ressalva que, de forma diferente do que ocorre nos crimes permanentes, no caso de crime instantâneo, de efeitos permanentes, não se poderá falar em flagrante de delito, quando já realizada a ação delituosa. Ressalvadas, logicamente, as situações previstas no artigo 302, do Código de Processo Penal, que serão estudadas mais a frente. (PACELLI, 2018, p. 637)

No que tange à sucessão de leis penais nos casos de crime permanente, na hipótese de surgimento de uma lei penal mais gravosa, surge a dúvida sobre qual das leis deverá ser aplicada.

O Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2003, firmou entendimento sobre a matéria, editando a Súmula de nº 711, com o seguinte teor “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.”

No próximo tópico será estudado com mais cuidado a questão da prisão em flagrante. A respectiva é tratada em nosso Código de Processo Penal do artigo 301 ao artigo 310.

3.2 A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Tendo em vista o dinamismo e complexidade das relações humanas, certos casos necessitam obviamente de uma resposta estatal imediata. E é nesse contexto que surge a prisão em flagrante, que antecede toda e qualquer manifestação prévia da autoridade judicial. (MINAGÉ, 2017, p. 211)

Embora a prisão em flagrante, por prescindir de autorização judicial, represente uma medida bastante danosa ao indivíduo, não se pode negar, entretanto, sua utilidade e imprescindibilidade para que se possa alcançar a desejada eficácia do sistema penal, especialmente em relação a determinados tipos de crimes. (MARCÃO, 2011, p. 54)

Portanto, apesar de ser uma modalidade violenta de prisão, serve como instrumento de efetivação de políticas de segurança pública.

A prisão em análise ocorre, excepcionalmente, sem a expedição de mandado judicial de prisão pela autoridade judiciária, sendo o seu fundamento o fato de que a ocorrência do delito pode ser constatada de maneira manifesta e evidente. (NUCCI, 2011, p. 626)

A certeza do delito e de quem seja o autor da infração são, portanto, o ponto chave do flagrante delito.

Por isso, de acordo com Tales Castelo Branco (2001, p. 40), é patente o interesse social da imediata constatação do crime e de seu autor, decorrente do surpreendimento em flagrante, com a sua conseqüente documentação, através da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Para o autor Renato Marcão (2011, p. 54), a prisão em flagrante é espécie de prisão cautelar e o termo flagrante sugere algo que está queimando, que está em chamas, que se faz evidente naquele momento, em situação de atualidade.

Interessante expor o significado do termo “flagrante”. Para Tales Castelo Branco (2001, p. 14), a palavra “flagrante” vem do latim e quer dizer ardente, queimando. Ou seja, traz a idéia de fogo, da chama queimando.

Nesse contexto, Pacelli (2018, p. 629) entende que a utilização do termo flagrante no processo penal traz a idéia de instantaneidade do fato, e, por isso, de ampla visibilidade de que o flagrante oferece à pessoa que o presencia.

Para Nucci (2011, p. 626), flagrante significa tanto o que é manifesto e evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre.

Tourinho Filho (2009, p. 790), por sua vez, entende o flagrante como sendo a “prisão da pessoa surpreendida no instante mesmo da perpetração da infração”.

Percebe-se, portanto, a partir dos conceitos trazidos que o flagrante expressa uma relação de imediatidade entre o ato praticado pelo agente e o momento de sua prisão. Além disso, o flagrante delito é a certeza visual do ato, a eficaz resposta ao delito. (GERBER, 2003, p. 105)

Dessa forma, o flagrante delito reclama, em regra, visibilidade e atualidade, a certeza visual do crime. Entretanto, o artigo 302, que será estudado no próximo tópico, traz hipóteses em que o elemento visibilidade é relativizado, através de uma forte presunção de quem seja o autor da infração. (MARCÃO, 2011, p. 55)

Dessa maneira, em razão desta certeza visual do delito ou da proximidade desse momento, o legislador dispensa a ordem judicial, escrita e fundamentada, sendo a única espécie de prisão processual tratada no Código de Processo Penal que é passível de ser decretada independentemente de ordem judicial, conforme exceção decorrente do próprio texto constitucional.

Nesse contexto, é possível afirmar que a prisão em estudo, por não depender de ordem judicial, trata-se de uma espécie de prisão que possui natureza administrativa. (MENDONÇA, 2011, p. 134)

Ocorre que, justamente em razão da ausência de controle judicial prévio, o Constituinte e o legislador penal estabeleceram um rígido controle a *posteriori* do ato de prisão em flagrante.

Um exemplo desse rigoroso controle posterior é a necessidade de comunicação da prisão a diversos órgãos, encarregados de zelar pela legalidade do ato, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e, eventualmente, a Defensoria Pública (MENDONÇA, 2011, p. 134)

Além disso, outro exemplo desse controle exigente do ato de prisão, é o fato de que o juiz, ao receber o auto de flagrante, deve, em até 24 horas após a efetivação da prisão, decidir entre o relaxamento da prisão; conversão em prisão preventiva; decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva; ou concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 39)

Logo, nenhum indivíduo poderá permanecer preso sob o fundamento da prisão em flagrante, pois esse não é um título judicial suficiente para manter alguém preso.

A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar vinte e quatro horas, que é o prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, de acordo com a previsão do artigo 306, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 39)

Dessa forma, é possível perceber a preocupação do legislador com a prisão em flagrante, por ser um evento em que não há o controle judicial prévio.

Por outro lado, o flagrante delito possui duas grandes finalidades, que se mostram de bastante relevância para a persecução penal, como será demonstrado a partir de agora.

Nesse contexto, o flagrante delito é um momento de grande importância para a persecução penal, pois, em razão da coleta do material informativo ser feita imediatamente, se agiliza a fase de investigação. (PACELLI, 2018, p. 630)

Sendo assim, o flagrante assegura prontamente a colheita de provas da materialidade e da autoria do delito, o que é salutar para a verdade real almejada pelo processo penal. (NUCCI, 2011, p. 626)

Além disso, através do flagrante delito, se obtém uma possível redução dos danos causados na prática da infração, impedindo o exaurimento de delitos mais graves. (PACELLI, 2018, p. 630)

Sendo essas as duas finalidades mais claras e inequívocas da prisão em flagrante, que configuram os motivos para que seja dispensado o mandado judicial. De um lado, evita, ou ao menos tenta evitar, a consumação delitiva ou o aprofundamento dos efeitos danosos do delito.

De outro lado, ocorre a prisão do possível autor do delito, bem como a conservação das provas de materialidade e autoria.

Esses dois propósitos da prisão em flagrante quando utilizadas de forma correta, com bom senso e de acordo com a legislação, favorecem bastante a atuação dos órgãos repressores. (MINAGÉ, 2017, p. 214)

Estudar as hipóteses de flagrante delito é de suma importância, pois o ordenamento jurídico autoriza, inclusive com previsão na Constituição Federal (art. 5º, LXI), a modalidade de prisão em flagrante delito.

Mister salientar que a prisão em flagrante, por ser excepcional, somente se legitima diante de uma das situações previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, que serão estudadas no tópico seguinte do presente trabalho.

3.3 O ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 302, do Código de Processo Penal, traz as hipóteses de flagrante delito. Segundo esse dispositivo (BRASIL, 1941):

Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo

após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Dentro do artigo 302, do CPP, a doutrina faz a diferenciação entre o flagrante próprio ou perfeito e o flagrante impróprio ou imperfeito.

O inciso primeiro do artigo prevê o flagrante próprio ou perfeito, que é aquele que ocorre quando o agente infrator está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal. (NUCCI, 2011, p. 628)

Tal inciso compreende o conceito estrito de flagrante, pois se refere à prisão que ocorre no exato momento do cometimento do crime, ou seja, “enquanto a atividade criminosa está a arder”. (GERBER, 2003, p. 131)

Portanto, o que está disposto no inciso primeiro ocorre quando o agente é surpreendido cometendo o delito, ou seja, praticando o verbo nuclear do delito. Inclusive, a prisão nesse caso poderá, em alguns casos, evitar a própria consumação. Sendo assim, nesses casos a prisão em flagrante é detentora de maior credibilidade. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 40)

No inciso segundo também há a previsão do flagrante próprio ou perfeito. Entretanto, ocorre quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, em situação de ficar evidente a prática do crime e da autoria. É considerado ainda um flagrante próprio, pois não há lapso temporal relevante entre a prática do crime e a prisão. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 41)

Nessa previsão do inciso segundo, a prisão em flagrante seria possível, pois, embora consumado o delito, o agente não se desligou da cena do crime. Por outro lado, esta hipótese não existe caso o autor da infração consiga se afastar da vítima e do lugar do crime, sem que tenha sido detido. (NUCCI, 2011, p. 628)

O agente, portanto, é surpreendido quando acabou de cometer o delito, quando já cessou a prática do verbo nuclear do tipo penal, sendo uma legítima hipótese de prisão em flagrante.

Daniel Gerber (2003, p. 133) entende, por outro lado, que esse inciso traz uma hipótese de forte presunção de que aquele determinado indivíduo foi quem realizou a atividade criminosa. Para o autor, ocorre uma relativização da própria existência

do ato, de forma a desprezar de forma absoluta a presunção de inocência enquanto princípio.

Entretanto, esse entendimento não se coaduna com a maioria da doutrina. Para Tourinho Filho (2009, p. 790), por exemplo, no caso do inciso segundo deve haver uma relação de quase absoluta imediatidade. Assim, por exemplo, se alguém surpreende uma pessoa com a faca suja de sangue e, ao seu lado, prostrada no chão, outra pessoa com o peito sangrando, é sinal de acabou de cometer a infração.

Dessa maneira, deve ficar de forma manifesta e evidente a prática do crime e de quem o cometeu, e, caso fique demonstrado, a ocorrência da prisão em flagrante seria legítima.

Os incisos terceiro e quarto, por sua vez, trazem a hipótese de flagrantes imperfeitos. São situações de flagrância mais frágeis, e, em razão disso, a doutrina nacional denomina-as de “quase-flagrante”, “flagrante impróprio” ou “flagrante imperfeito”. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 41)

Para Aury Lopes Junior (2011, p. 42):

esses flagrantes dos incisos terceiro e quarto são mais fracos, mais frágeis sob o ponto de vista da legalidade. Isso é consequência do afastamento do núcleo imantador que é a realização do tipo penal, refletindo na fragilidade dos elementos que o legitimam, caso em que aumenta a possibilidade de serem afastados pelo juiz no momento em que recebe o auto de prisão em flagrante.

O flagrante trazido pelo inciso terceiro ocorre quando o agente já concluiu a infração penal, mas sem ser preso no local do delito, pois conseguiu fugir, faz surgir uma perseguição por parte da polícia, da vítima ou ainda de qualquer pessoa do povo. (NUCCI, 2011, p. 628)

Dessa forma, a prisão em flagrante nesse caso depende da conjugação de três fatores. Primeiramente, deve ocorrer a perseguição, sendo esse um requisito de atividade. Essa perseguição, por sua vez, deve ser logo após o cometimento do crime, sendo esse um requisito temporal. E, por fim, é necessário existir o elemento circunstancial, que é a situação que faça presumir a autoria. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 42)

Deve-se observar, portanto, ser necessário que a perseguição se inicie logo após o crime. Esse termo evita conferir larga extensão à situação imprópria de flagrante, para que não se autorize a perseguição de pessoas simplesmente por suspeitas. (NUCCI, 2011, p. 630)

Dessa maneira, o Código utilizou essa expressão para demonstra que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito.

Para Tourinho Filho (2009, p. 791), o legislador não deu significado preciso desse elemento cronológico para que o flagrante seja considerado. E, em face dessa ausência de limite preciso de tempo, pode haver abusos.

Dessa maneira, uma perseguição oito horas depois não pode ser considerada como feita logo após o cometimento do crime. Por outro lado, se essa perseguição ocorrer imediatamente numa situação que faça presumir ser o perseguido o autor da infração, nada impede que ela perdure por dez, vinte, trinta horas. (TORINHO FILHO, 2009, p. 791)

Isso porque, na feliz definição de Aury Lopes Junior (2011, p. 43) não há que se confundir início com duração. O dispositivo legal exige que a perseguição inicie logo após o fato, ainda que perdure por muitas horas.

Fato é que não se pode considerar interpretações ampliativas do termo logo após. Ao contrário, os termos devem ser aplicados no próprio sentido que tem, sob pena de incorrer em grave desvirtuação comprometedora da noção de flagrância. (GARCEZ RAMOS, 1998, p. 387)

Sendo assim, esse requisito temporal (logo após) deve ser interpretado de forma restritiva, apesar de não existir um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência.

Para Aury Lopes Junior (2011, p. 43) exige-se um lapso temporal mínimo entre a prática do crime e o início da perseguição. Para o autor reforça esse entendimento o fato de que “a perseguição, na dimensão processual, somente é considerada quando há contato visual inicial ou, ao menos, uma proximidade tal que permita à autoridade ir ao encalço do agente.”

É preciso notar que nessa hipótese do inciso terceiro, o Código traz a expressão “em situação que faça presumir ser autor da infração”. E isso demonstra a impropriedade

do flagrante, haja vista que não foi surpreendido em plena cena do crime. (NUCCI, 2011, p. 629)

Para Aury Lopes Junior (2011, p. 43), a rigor, essa expressão “situação que faça presumir ser autor da infração” é inconstitucional, visto que à luz da presunção de inocência não se pode presumir a autoria, pois esta deve ser demonstrada e provada. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 43)

Nesse contexto, embora seja possível a ocorrência de abusos, e a utilização do termo presunção de autoria não tenha sido adequada, caso o instituto previsto no inciso em estudo seja utilizado com bom senso, é razoável a autorização legal para prisão em flagrante nesse caso. A evidência de autoria e materialidade se mantém, o que faz com quem não tenha dúvida a seu respeito.

No inciso IV, última situação de flagrância do artigo em exame, o legislador traz a situação de um flagrante que é presumido, pois é uma circunstância equiparada ao flagrante, pois existe uma situação que faz presumir ser o agente autor da infração. (MENDONÇA, 2011, p. 152)

Para Aury Lopes Junior (2011, p. 44), essa hipótese de flagrante é a mais fraca, frágil e, além disso, mais difícil de legitimar.

Aqui o agente, assim como no inciso anterior, não é visto cometendo a infração. O que existe é o encontro do agente, com elementos ou instrumentos da ação delituosa, em condição que presuma ser autor da infração. (MENDONÇA, 2011, p. 152)

Nesse caso, portanto, não há a certeza visual do delito, pois o dispositivo não exige que o autor seja surpreendido quando estava cometendo ou acabara de cometer a infração penal.

O que liga o sujeito a infração é o fato de ele ser encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da ação delituosa. Esses objetos, por sua vez, devem estar diretamente ligados à atividade delituosa. (MARCÃO, 2011, p.73)

Nessas circunstâncias, o que pesará para o agente, ao ponto de ser autorizada a sua prisão em flagrante, é o fato de ele ser encontrado logo após a infração, portando objetos que façam concluir que ele seja o autor da infração.

Ou seja, deve haver fortes indícios ao ponto de ligar, por meio da dedução, o sujeito à prática do delito. Esses indícios devem ser veementes, ou seja, enfáticos e potentes o suficiente para que seja deduzido o envolvimento do sujeito com a prática delitiva. (MARCÃO, 2011. p. 73)

Para finalizar a análise desse último inciso, é interessante abordar o que a maioria da doutrina entende a respeito do termo logo depois.

Para Daniel Gerber (2003, p. 148), é exatamente nesse ponto que reside o grande problema desse inciso. Para ele há uma grande indefinição do que seja a expressão “logo depois”.

A maior parte da doutrina entende que a expressão “logo depois” é cronologicamente mais elástica do que a expressão “logo após” utilizada no inciso terceiro. Logo, indica maior espaço de tempo entre o delito e a prisão em flagrante. (MARCÃO, 2011, p. 74)

Desse modo, de acordo com esse entendimento, existe a expressão “acaba de cometê-la”, empregada no flagrante próprio, que significa imediatamente após o conhecimento do crime; “logo após”, no flagrante impróprio, que compreende um lapso temporal maior; e, por fim, o termo “logo depois”, do flagrante presumido, que indica um espaço de tempo maior ainda.

Contudo, parece mais razoável a definição de Tales Castelo Branco (2001, p. 53). Para o autor, como não é possível emprestar as expressões “logo após” e “logo depois” interpretação ampliativa, o mais correto é afirmar que ambas expressões devem ser interpretadas restritamente, sob pena de se incorrer em grave desvirtuação comprometedora da noção de flagrância, quer seja legal, quer seja doutrinária.

Ato contínuo, após a abordagem das quatro hipóteses de flagrantes previstas no artigo 302, do CPP, passar-se-á, no próximo tópico a analisar a situação do flagrante permanente, circunstância que é cuidada pelo artigo 303, do CPP e suas conseqüências na violação domiciliar.

3.4 O ARTIGO 303 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Além das situações dispostas no artigo 302, deve-se atentar para o artigo 303. De acordo com esse dispositivo do Código de Processo Penal, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL, 1941)

Dessa maneira, pelo fato da consumação do delito se prolongar no tempo, é natural que exista um estado de flagrância também prolongado, ou seja, nesse tipo de delito há um estado de flagrância permanente. (LOPES JR, 2017, p. 114)

É correto dizer que nesses casos há um flagrante permanente, estado permanente de flagrância, delito permanentemente flagrante, flagrância permanente ou delito de flagrância permanente.

Todas essas expressões, de acordo com Tales Castelo Branco (2001, p. 69), servem para expressar a idéia da infração penal que continua acesa.

Dito isto, quando se tratar de um crime de natureza permanente, existe a autorização da prisão em flagrante em qualquer momento em que ainda esteja sendo lesado o bem jurídico protegido pela norma penal. (PACELLI, 2018, p. 637)

Nessas hipóteses, enquanto durar a permanência, o agente infrator pode ser preso em flagrante, pois considera que esse indivíduo está cometendo a infração penal, nos termos em que prevê o inciso primeiro, do artigo 302, CPP. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 46)

Uma definição bastante clara e elucidativa do tema é a trazida por Fernando da Costa Tourinho Filho. O autor traz o exemplo do seqüestro, hipótese de crime permanente.

Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p. 794):

Enquanto não cessar a atividade antijurídica, o agente está consumando a infração. Sendo assim, é evidente que no decorrer de todo esse período, que pode estender-se por dois, vinte, oitenta ou mais dias, o agente está cometendo a infração e, por isso, se for surpreendido junto com a vítima privada de sua liberdade ambulatoria, pode e deve ser preso em flagrante.

Para Tales Castelo Branco (2001, p. 69), esse entendimento encontra respaldo doutrinário, pois, nas infrações permanentes está sendo cometido o delito enquanto

durar a atividade criminosa. Para ele, essa ampliação repressiva poderá trazer na prática benefícios sociais, desde que aplicada sem precipitadas generalizações.

Ocorre que, existe um problema quando o crime é cometido dentro do domicílio, pois, nesse caso, há a incidência da proteção constitucional ao domicílio inviolável, que entra em conflito com a necessidade da resposta estatal imediata.

Por essa razão, no próximo tópico será iniciado o debate acerca da prisão em flagrante em domicílio, para no quarto capítulo tratá-lo de maneira mais aprofundada.

3.5 A PRISÃO EM FLAGRANTE EM DOMICÍLIO

É possível adentrar em residência alheia caso se verifique que em seu interior está ocorrendo alguma infração em flagrante delito. Há, inclusive, autorização constitucional para tanto, nos termos do artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Ocorre que para ser admissível essa invasão domiciliar, como não há mandado judicial para tanto, é imprescindível que existam elementos que indiquem, dentro de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, que está ocorrendo um crime no interior da residência. (MARCÃO, 2011, p. 141)

Isso ocorre, pois a casa precisa ser um asilo inviolável. Nas palavras de Tales Castelo Branco (2001, p. 142), “na sua residência é o local no qual o homem vive, ama, procria e afirma-se como senhor absoluto de sua própria intimidade.”

Por essa razão, o mencionado autor afirma que não se pode conceber que o homem não se sinta seguro dentro dos limites de sua própria casa, pois essa insegurança não lhe seria apenas prejudicial, mas afetaria a própria tranquilidade social e estabilidade do estado.

O policial deve ter, portanto, elementos prévios e anteriores a invasão que justifiquem a entrada no domicílio alheio. Não sendo razoável que os agentes policiais invadam a residência para, somente então, verificar se existem tais elementos.

Dessa maneira, de acordo com Nucci (2019, p. 903), o ingresso forçado em domicílio, especialmente durante o turno da noite, seguido de encontro fortuito de drogas, não autoriza a conduta invasiva.

Pois, não será a constatação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida, já que não será o encontro imprevisto e casual de drogas dentro do domicílio não convalidará a conduta inicialmente arbitrária e autoritária.

Em uma feliz definição, o autor Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 141) afirma que não se pode admitir que:

a polícia, sem quaisquer elementos de convicção, adentre na residência sem mandado judicial para, em um segundo momento, verificar se realmente há situação de flagrante. A situação deve ser justamente contrária: verifica se há flagrante e, depois, entra. Do contrário, estar-se-ia concedendo uma margem ampla para práticas abusivas e uma verdadeira carta em branco para violações.

Assim, devem existir elementos de provas que justifiquem a violação, pois seria bastante arbitrário que fosse possível invadir o domicílio para apenas verificar se há a prática de um delito ou não.

O grande problema reside em afirmar quais seriam esses elementos que justificariam a medida invasiva.

Para o Supremo Tribunal Federal, o ingresso forçado só seria legítimo se existisse fundadas razões para suspeitar de flagrante delito dentro da residência, sendo que essas fundadas razões da ocorrência do crime devem ser justificadas e comprovadas posteriormente. (NUCCI, 2019, p. 903)

A entrada forçada sem uma justificativa prévia e conforme o direito é arbitrária. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões, que seria a justa causa para medida.

Por essa razão, de acordo com o entendimento da Suprema Corte, que será melhor estudado no capítulo subsequente, a conduta invasiva deve ser justificada posteriormente à execução da medida violadora.

Caso contrário, o agente ou a autoridade estatal poderão responder disciplinar, civil e penalmente, e, além disso, ocorrerá a nulidade dos atos praticados.

E isso é lógico, pois, caso não houvesse esse controle judicial, mesmo que posteriormente a invasão, estaria esvaziado o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa e deixaria, ainda, de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio. (NUCCI, 2019, p. 903)

O tema se mostra bastante complexo especialmente quando o assunto são os crimes de natureza permanente, pois há o estado de flagrância permanente previsto no artigo 303, do Código de Processo Penal, como já exposto em tópico antecedente.

Dessa maneira, no capítulo seguinte do trabalho monográfico será abordado com maior atenção e detalhamento a questão da invasão de domicílio, analisando com mais especificidade a invasão nos casos de crimes de natureza permanente, debatendo acerca da atuação dos agentes policiais, para, no fim, e trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

4 – A VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO EM FLAGRANTE DELITO DE CRIMES PERMANENTES

Este último capítulo de desenvolvimento terá como foco principal a questão da invasão de domicílio sem ordem judicial. Será analisada a exceção constitucional em hipótese de situação flagrância de ilícitos penais.

Terá como foco os casos de crimes permanentes e serão estudadas algumas opiniões doutrinárias, bem como será exposto o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Mostra-se importante o estudo da matéria, pois o crime de caráter permanente estabelece uma relação direta com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria violação domiciliar.

É uma questão que ainda pende de clareza doutrinária e jurisprudencial, pois é necessário ter mais precisão do que se entende como elemento autorizante para que o Estado ingresse no domicílio de um suspeito sem ordem judicial. Por isso, a importância do estudo do tema.

Primeiramente, é importante salientar que não há nenhuma dúvida de que a busca e apreensão domiciliar é permitida pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição da República.

O artigo em questão inclui quatro hipóteses excepcionais para o ingresso em casa alheia, já estudadas no primeiro capítulo do presente trabalho. Sendo essas exceções constitucionais “o contraponto do permissivo jurídico, que, apesar de excepcional, relativiza a inviolabilidade de domicílio”. (MARREIROS, 2016, p. 1)

A hipótese da exceção constitucional no caso de flagrante delito se mostra bastante delicada quando se trata de crime de natureza permanente que ocorre no interior do domicílio, pois, como já estudado do capítulo anterior, por conta da prolongação do momento consumativo, o estado de flagrância também é prolongado.

O que piora o cenário é o fato de que a jurisprudência dos Tribunais superiores ainda não conseguiu definir critérios objetivos que autorizem o ingresso em domicílio, não tendo definido quais elementos que embasariam uma invasão domiciliar, sem ordem judicial. (MARREIROS, 2016, p.2)

Sendo assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal ainda não solucionou o problema sobre a ocorrência do flagrante delito do crime permanente que ocorre dentro do domicílio alheio.

Da mesma forma, a doutrina, em sua maioria, apresenta o tema de forma muito simplista, resumindo-se entender que estando o agente em crime permanente o ingresso estaria autorizado por se tratar de uma hipótese de cometimento de crime em situação flagrancial. (MARREIROS, 2016, p.2)

Para Brasileiro (2014, p.871):

Caso sejam encontrados elementos que caracterizem crime em situação de flagrância, como daquele que armazena em casa substância entorpecente para comercialização, estará constitucionalmente autorizada a intervenção, não em razão do mandado que tinha outro objetivo, e sim por força do art. 5º, XI da Constituição Federal, que autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer hora do dia ou da noite, para que se efetive a prisão em flagrante.

No mesmo sentido (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 399):

Assim, supondo-se um delito de tráfico de drogas, na modalidade “ter em depósito”, delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo e, conseqüentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que em período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a conseqüente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa.

Sendo assim, por conta do raciocínio exposto acima, que encontra espaço em de boa parte da doutrina, enquanto o delito de natureza permanente estiver ocorrendo dentro do domicílio alheio, como, por exemplo, a guarda ou depósito de drogas, poderá a polícia proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independentemente da existência de mandado judicial, pois o sujeito está permanentemente em situação de flagrância.

Ocorre que essa é uma conclusão precipitada e equivocada, que tem como base um raciocínio lógico-formal. Além disso, esse raciocínio nada aponta qualquer irregularidade na invasão de domicílio por policiais, sem mandado judicial, a qualquer hora do dia ou da noite, em caso de crimes permanentes.

Todavia, é importante que o tema seja abordado com mais profundidade, pois, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, não se pode contentar com a mera lógica-formal como única ferramenta de interpretação. (AMARAL, 2012, p. 173)

Dessa forma, as orientações doutrinárias, como, por exemplo, as expostas acima, bem como a jurisprudência, não definem qual o critério que o agente policial leva em consideração para o ingresso na casa alheia, ou seja, que critério o agente público irá considerar para a tomada de decisão para o ingresso na residência. Se mostrando insuficientes os ensinamentos doutrinários para dirimir esta dúvida. (MARREIROS, 2016, p. 7)

A doutrina exposta acima apenas aponta para a natureza permanente do delito. Entretanto, isso é muito pouco. Para Godoy (2013, p. 1), por exemplo, essa visão da doutrina e jurisprudência são falhas, pois a permanência ou instantaneidade do delito são características absolutamente irrelevantes para, em si mesmas, autorizarem, ou não, a invasão do domicílio.

O autor explica afirmando que quando está em curso um homicídio, crime instantâneo, os policiais podem – e devem – invadir uma residência para impedir a consumação. Do mesmo modo, quanto ao tráfico de drogas, que é crime dito permanente.

Mas o questionamento que aqui se propõe deixa a abstração e volta-se aos elementos que, no plano fático, autorizam concluir pela situação de flagrância capaz de legitimar a relativização de direito fundamental.

E aí que reside o problema, pois, enquanto no homicídio se ouvirão gritos, pedidos de socorro; no tráfico haverá o silêncio, a penumbra. Nesse contexto, Godoy (2013, p.2) afirma que é necessário “indagar, definitivamente, o que é necessário para que se conclua pela legitimidade da atuação do policial que, independentemente de autorização judicial, realiza busca domiciliar a partir do que acredita se tratar de situação de flagrância quanto à mercancia de drogas”.

E isso é extremamente importante ser estudado, pois, como melhor será demonstrado no próximo tópico, uma invasão arbitrária, sem razoabilidade, que, por ventura, venha a encontrar drogas ou armas na residência, não pode ser considerada legal e em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

A título de exemplo, caso a polícia decidisse, por sorteio, ingressar em 1.000 casas de um total de 10.000, sem ordem judicial, e lograsse êxito encontrar em 100 delas armas e drogas, e prendesse as pessoas que estivessem em seu interior. (MARREIROS, 2016, p. 3)

Nesse exemplo hipotético, por se tratar de crimes de natureza permanente, segundo a doutrina acima mencionada, a pessoa no interior da casa estaria em flagrante delito, sendo a prisão em flagrante, bem como a busca e apreensão legítimas.

Entretanto, verifica-se que o critério de escolhas das casas a serem invadidas foi extremamente arbitrário, pois a justa causa fora o sorteio (denúncias anônimas, por exemplo)

Por essa razão, as provas obtidas no interior das 100 casas são ilícitas, inúteis para subsidiar a lavratura do auto de prisão em flagrante, e se quer são válidas como justa causa para uma ação penal, bem como, em todos os casos verifica-se abuso de autoridade. (MARREIROS, 2016, p. 3)

Ou seja, o resultado positivo das buscas, no entanto, não justificaria a sua realização. O fundamental a ser analisado é que a decisão de realizar a entrada forçada foi arbitrária.

Conforme ensina o autor Gustavo Henrique Badaró (2009, p. 187), a prisão em flagrante nas infrações permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo.

Portanto, essa situação faz surgir toda discussão que gira em torno da matéria. Fazendo necessário estudar a atuação da polícia nas hipóteses de flagrante de delito de crime permanente que ocorre no interior do domicílio.

Isso porque, a vontade policial que, quase sempre, tudo quer, a qualquer preço, entra em conflito com o direito fundamental ao domicílio inviolável, fazendo que muitas situações dramáticas ocorram. (CASTELO BRANCO, 2001, p. 146).

Nesse contexto, se faz necessário buscar o espírito garantista presente no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, estudado no primeiro capítulo deste trabalho.

No tópico a seguir será analisado a forma de atuação da polícia ao invadir domicílios, bem como será exposto algumas opiniões da doutrina sobre a temática.

4.1 - A ATUAÇÃO POLICIAL NOS CRIMES PERMANENTES

Merece bastante atenção a conduta policial nos casos de flagrante delito de crimes permanentes que ocorrem no interior do domicílio, pois não são poucos os casos de absurdas irregularidades.

Sabe-se que o flagrante autoriza a violação do domicílio. Entretanto, a relativização do direito fundamental na hipótese de flagrante não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas, em que o prêmio é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor. (GODOY, 2013, p.4)

Segundo Cláudio do Prado Amaral (2012, p. 166), nos casos de crimes permanentes, a situação é bastante delicada. Segundo o autor:

Chama a atenção para prática bastante difundida no dia a dia forense de todas as localidades do Brasil, que é o ingresso em domicílio alheio, por agentes policiais, a qualquer hora do dia ou da noite, sob o argumento de que na moradia do agente (que invariavelmente vem a ser preso) está sendo praticado crime permanente (aquele delito cujo momento consumativo se protraí no tempo conforme a vontade do agente).

Portanto, segundo o autor, o ingresso em domicílios nesses casos se dá por mera suspeita, independentemente do flagrante. Entretanto, essa falta de freios à ação policial pode gerar uma situação de insegurança enorme, principalmente nos bairros mais pobres economicamente.

Daniel Nicory do Prado (2013, p. 116), na mesma linha de pensamento, afirma que nos bairros mais pobres os indivíduos estão vulneráveis permanentemente, ao ingresso de policiais sem mandado.

Nesses casos, a polícia muitas vezes invade o domicílio sem que haja uma situação de flagrância comprovadamente constatada, muitas vezes com fundamento em delações anônimas que, se provadas falsas, em nada resultarão, nem para o agente público, nem para o delator não identificado. (DO PRADO, 2013, p. 116)

Isto posto, não se pode admitir essa situação, pois não é possível permitir qualquer medida restritiva à liberdade baseando-se em notícia anônima. O que se espera é

que a polícia tenha elementos que possam demonstrar, dentro de um juízo de razoabilidade, que havia suspeita da prática de um crime no interior da residência. (MENDONÇA, 2011, p. 142)

Como já falado anteriormente, não é possível entrar na residência para somente verificar se há ou não o flagrante delito. Isso seria totalmente arbitrário, abusivo e, além disso, uma carta em branco para violações.

O que se espera da polícia é que tenham elementos para invadir o domicílio, para tanto o ideal é que a polícia tente comprovar as suspeitas da prática do delito, realizando campana, obtendo informações juntos ao vizinho etc. (MENDONÇA, 2011, p. 142)

Porém, isso não acontece, na prática, a polícia, na maioria dos casos, invade o domicílio sem ter nenhuma certeza da ocorrência do crime.

E, nesses casos, segundo Arion Escorsin de Godoy (2013, p. 4), o que ocorre é que:

como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daqueles a quem pertença travestem de legalidade uma ação essencialmente, e originariamente, violadora de direito fundamental.

Godoy afirma ainda ser essa uma fórmula mágica para transformar abuso de poder e violação de domicílio em prisão em flagrante legal por tráfico de drogas. Sendo uma clássica manobra ilusionista que, em regra, se mostra suficiente a convencer alguns magistrados de que os fins justificam os meios e que, na proteção da sociedade, deve a ação, ilegal em seu início, ser convalidada, uma vez que o tráfico de drogas é crime permanente, que muitos prejuízos traz à coletividade ordeira.

Em regra não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental.

Por essa razão, essa situação se mostra bastante delicada, sendo objeto de críticas de diversos autores. Nessa esteira, veja-se posicionamento de Celso Delmanto (2010, p. 538):

não poucos têm sido os casos de manifesto abuso das autoridades policiais ao violar domicílios (sobretudo os mais humildes), as altas horas da madrugada, impondo

constrangimentos absolutamente desnecessários a todos os seus moradores (não só ao eventual delinqüente, mas à sua esposa, filhos etc.), em algumas ocasiões até acompanhadas pela imprensa televisiva, alegando, por exemplo, que através de uma denúncia anônima lhes teria sido comunicado que lá se encontrariam entorpecentes para a prática de tráfico (art. 33 da Lei nº 11.343 de 2006) ou armamento de uso proibido ou restrito (art. 16 da Lei nº 10.826 de 2003).

Dessa maneira, para o autor as populações mais atingidas pelas ações policiais que violam domicílio de forma arbitrária e abusiva são aquelas mais pobres e carentes.

Nas palavras de Cláudio do Prado Amaral (2012, p. 169), os “grupos rebaixados socioeconomicamente e à margem do processo de produção e acumulação de capital financeiro global.” Sendo essa constatação que favorece a escassa consciência garantista.

Assim sendo, o fato de que quase todas as diligências invasivas de domicílio atingem a população citada acima certamente favorece ainda mais o esquecimento da força vinculante dos direitos fundamentais, e em especial a garantia constitucional do domicílio inviolável.

Ocorre que os limites da investigação policial existem e devem ser respeitados para que os interesses sociais, constitucionalmente previstos, sejam respeitados. De forma que, a pretexto de prender em flagrante, a polícia não pode invadir residências, escritórios, firmas comerciais etc. (CASTELO BRANCO, 2001, p. 148)

Como já estudado anteriormente, a exceção à inviolabilidade domiciliar na hipótese de prisão em flagrante, inclusive à noite e sem determinação judicial é disposta ao lado das situações de desastre e prestação de socorro.

Prevista no parágrafo 3º, II, do art. 150 do Código Penal, a exceção ora em análise encontra respaldo no art. 5º, XI, primeira parte, da Constituição da República.

Portanto, trata-se de uma clara exceção, haja vista encontrar-se ao lado de situações de iminente emergência. Por essa razão, alguns autores tentam definir os limites para a invasão policial sem mandado judicial.

Para Celso Delmanto (2010, p. 538), ao interpretar sistematicamente esse dispositivo resta patente a intenção do legislador constituinte em exigir,

efetivamente, a configuração de uma verdadeira emergência para que se admita a violação domiciliar a qualquer hora do dia ou da noite e sem determinação judicial.

Uma verdadeira emergência seria a hipótese, por exemplo, de flagrante de crimes permanentes como extorsão mediante seqüestro, em que há necessidade de prestar-se socorro imediato à vítima, que corre perigo de vida. O que não se verifica, por outro lado, em casos de crimes permanentes como a posse de entorpecentes ou de armas ilegais. (DELMANTO, 2010, p. 537)

Dessa maneira, segundo o entendimento de Delmanto (2010, p. 538) não havendo esse caráter emergencial, ou seja, não existindo, portanto, um perigo iminente a um bem jurídico como a vida ou a integridade física de alguém (equivalente à prestação de socorro ou desastre), mesmo tratando-se de flagrante, a autoridade policial deverá obter determinação judicial para invadir o domicílio do suspeito (art. 5º, XI, segunda parte, da CF), por meio de expedição de um mandado judicial de busca e apreensão.

A exigência, nesse caso, da expedição de um mandado judicial de busca e apreensão, mesmo em caso de flagrante, é justamente para que se evite constrangimentos ilegais e desnecessários.

Dessa maneira, se faz necessário, de forma imprescindível, a ordem judicial “devidamente fundamentada, indicando, da forma mais precisa possível, o local em que será realizada, assim como os motivos e os fins da diligência.” (MENDES e BRANCO, 2017, p. 605)

Não obstante se possa alegar que esse entendimento de Delmanto poderia obstacularizar a ação policial, este é o preço que se paga por viver em um Estado Democrático de Direito, que deve tomar todas as medidas para restringir, ao máximo, a possibilidade de arbítrios e desmandos das autoridades policiais, por mais bem intencionadas que possam elas estar.

Contudo, esse não é o entendimento dos Tribunais Superiores, que não têm exigido a efetiva situação emergencial, conforme acima exposto, entendendo bastar a existência de flagrante, nas hipóteses de crimes permanente.

Nesse sentido, foi o julgamento pelo STF do Habeas Corpus 127.457 (Supremo Tribunal Federal, 2015):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA (CPP, ART. 312). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO OCORRÊNCIA. DECRETO DE PRISÃO FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE DEMONSTRADA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO PRAZO. INEXISTÊNCIA. COMPLEXIDADE DO FEITO QUE JUSTIFICA A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, QUE TEM REGULAR PROCESSAMENTO NA ORIGEM. PRECEDENTES. ILICITUDE DAS PROVAS RECOLHIDAS NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE, DADA A INEXISTÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PARA TANTO. DESNECESSIDADE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA EM CRIME PERMANENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. O decreto de prisão preventiva do paciente apresenta fundamentos aptos para justificá-lo, sendo estreme de dúvidas sua necessidade para acautelar o meio social, preservando-se a ordem pública, ante a periculosidade evidente do paciente, que, conforme verificado dos autos, foi surpreendido com grande quantidade de droga e uma arma de fogo com numeração raspada.

2. A demonstrada complexidade da causa, atrelada à notícia de que a ação penal tem regular processamento na origem, afasta o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo.

3. **Consoante o entendimento da Corte, “[é] dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas”** (RHC nº 121.419/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17/10/14).

4. Ordem denegada.

Contudo, da mesma forma que o entendimento de Delmanto poderia obstaculizar a ação policial, não é razoável somente a justificativa de ter o delito de tráfico de drogas natureza permanente, pois isso não desautoriza a autoridade de obter o devido mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio alheio. (MOREIRA, 2013, p.5)

Não se pode esquecer que o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio ocupa lugar de bastante destaque entre os direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da vida pessoal e familiar de um modo geral.

Como já exposto acima, muitas vezes os policiais ingressam nas casas, especialmente em favelas, sem nenhuma certeza de haver ali uma situação de flagrante de delito. Até mesmo coagem seus moradores a autorizar sua entrada.

Em outros casos, os policiais invadem domicílio, também sem nenhuma certeza de haver ali uma situação de flagrante de delito, sob meras suspeitas ou por conta de alguma delação anônima.

Contudo, é necessário sopesar o constrangimento que uma invasão de domicílio, à noite, sem mandado, feita por policiais, sob suspeita, fundada em denúncia anônima, pode gerar.

Se, por exemplo, recair a diligência policial em habitação coletiva, quase sempre, terminará por violar direitos fundamentais de pessoas que nada tem a ver com a chamada denúncia anônima, pois seus aposentos serão também revistados, seja por cautela, seja em procedimento comum da polícia, mesmo que sob os demais ocupantes da habitação coletiva não pesem suspeitas. E assim vem sendo tolerado. (AMARAL, 2012, p. 169)

Portanto, não é razoável que uma invasão domiciliar sem mandado judicial seja baseada em mera suspeita ou delação anônima, mesmo quando se tratar de crimes permanentes.

Segundo Tales Castelo Branco (2001, p. 149), o fato de o crime ter natureza permanente não é elemento justificador, por si só, para autorizar a invasão. Branco entende que no caso de haver suspeita de que alguma casa esteja sendo utilizada para prática de algum crime, impõe-se a expedição de mandado de busca e apreensão, que deverá ser cumprido durante o dia.

Além disso, alguns crimes de natureza permanente como, por exemplo, o depósito de drogas em domicílio, são crimes imperceptíveis para o policial que está em via pública nas suas atividades de rotina.

Nesses casos de crimes imperceptíveis (depósito de drogas em domicílio), o ingresso do policial em residência habitada é sempre incerto, motivado por meras suspeitas, por delações frequentemente anônimas e inespecíficas. (DO PRADO, 2013, p. 115)

Ocorre que, segundo o autor George Marmelstein (2014, p. 152), a suspeita não é forte suficiente para configurar o flagrante delito. Em situações de suspeita de que o crime está ocorrendo dentro da residência há inegável necessidade de ordem judicial para confirmar ou não a suspeita.

Por essas razões, para o autor Tales Castelo Branco (2001, p. 151), a violação do domicílio para prisão em flagrante só pode ocorrer quando houver “certeza visual do crime.”

Além disso, o que é mais interessante de ser analisado é que um crime “imperceptível” dessa natureza (depósito de drogas em domicílio) não traz em si a urgência que legitimaria a dispensa do controle judicial prévio. (DO PRADO, 2013, p. 115).

Não há, portanto, uma urgência que justifique a violação de um direito fundamental tão importante, como o da inviolabilidade de domicílio. Sendo mais sensato que se preserve um princípio constitucional tão importante.

Sendo o caso de solicitar o mandado judicial para que a conduta de adentrar no domicílio seja adequadamente fundada e legítima.

Pelo exposto até aqui, a entrada forçada em domicílio baseada em uma delação anônima, ou em caso de mera suspeita de ocorrência de crime é ilegal, não importando se a suspeita foi confirmada ou não.

Para Daniel Nicory do Prado (2013, p. 116), em muitos casos de crimes permanentes a sociedade pode suportar os custos da continuidade delitiva para que seja preservada uma garantia individual tão importante e valorizada pela Constituição Federal.

Nessa mesma linha de intelecção de Prado e Branco, Ruchester Marreiros (2016, p. 4) completa que os fundamentos para o ingresso em uma causa devem pautadas em uma justa causa.

Para o Delegado Civil e autor, seria uma justa causa provável ou justa causa de visibilidade provável, que consiste em elementos informativos concretos compatíveis com o objeto da prova

Segundo esse entendimento não basta, por exemplo, denúncias anônimas, disque denúncias, peças apócrifas, colaboradores que participem da empreitada criminosa

ou informantes que não poderão se identificar, pois esses são exemplos de elementos que não possuem força probatória para serem utilizadas em juízo.

Assim, acaso se queira evitar decisões arbitrárias de ingresso em residência, a justa causa deve ser associada à visibilidade verossímil da ocorrência de um crime no interior da residência, “sob pena de empregarmos a ciência de futurologia para se poder concluir intuitivamente que alguém estivesse cometendo crime.” (MARREIROS, 2016, p. 6)

Não basta, portanto, um simples suporte probatório mínimo, às cegas, no escuro, sendo necessários estar às claras. Ou seja, circunstâncias que permitisse ao agente policial ter visibilidade para inferir que no interior da casa havia droga, por exemplo.

Portanto, a partir de todo o exposto até aqui e do entendimento dos autores apresentado acima, qualquer ingresso e captação de provas nessas circunstâncias é uma prova ilícita, não autorizando lavratura de auto de prisão em flagrante delito, nem justa causa para ação penal.

As provas serão considerada ilícitas nesse caso, pois, de acordo com o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 1988)

A questão da impossibilidade da utilização das provas obtidas por meio de uma invasão arbitrária será estudada no próximo tópico com mais especificidade

4.2 DO FLAGRANTE SEM INDÍCIO COMO PROVA ILÍCITA

É extremamente necessário abordar a questão da prova ilícita no presente trabalho monográfico. Pois, como já foi exposto no tópico antecedente, nas narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, por ser violadora de um direito fundamental. (GODOY, 2013, p.5)

Quase que invariavelmente, o exercício das ações investigatórias pelos órgãos incumbidos da persecução penal colide com a barreira de proteção que a Constituição Federal erige em torno dos direitos da personalidade, nos quais se

inclui o direito à intimidade, envolvendo a liberdade do homem. (AVOLIO, 2012, p. 23)

Para Carnaúba (2000, p. 46), uma das grandes armas do atual Estado de Direito para proteção das garantias constitucionais é a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Segundo a autora, é um esforço para valorizar o homem, enquanto indivíduo, a fim de evitar que a ânsia de coletar provas criminais atualmente, gere a repetição das degradações que aconteceram no passado.

Nesse contexto, a Constituição Republicana, ao dispor das provas ilícitas, prevê, em seu artigo 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito.

Dessa forma, a questão da prova ilícita é inserida na Constituição Federal de 1988 no capítulo referente às garantias constitucionais. A inserção é totalmente adequada, haja vista que a forma de colheita das provas processuais penais interfere diretamente na esfera das liberdades individuais. (CARNAÚBA, 2000, p. 1)

Em consonância com essa previsão constitucional, o Código de Processo Penal brasileiro também passou a considerar, em seu artigo 157, que as provas obtidas em violação as normas constitucionais são ilícitas. (MOREIRA, 2015, p. 6)

De acordo com a redação do artigo 157, CPP, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 1940).

O parágrafo primeiro do artigo 157, CPP, prevê que também são “inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Neste ponto do parágrafo primeiro a lei tratou não somente das provas ilícitas, como também das chamadas provas ilícitas por derivação. Essa disposição é válida tanto em relação as provas ilícitas como as legítimas, para quem as diferencia. (MOREIRA, 2017, p. 2)

A prova ilícita por derivação é a hipótese em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. (AVOLIO, 2012, p. 67)

Antes de ser abordado o conceito de prova ilícita trazido pela doutrina, é interessante fazer uma breve distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, que boa parte da doutrina faz.

Enquanto a prova ilícita é aquela colhida com infração as normas de direito material, a prova ilegítima é aquela cuja colheita foi feita ferindo normas de direito processual. (AVOLIO, 2012, p. 43)

Para os professores Antonio Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Pelegrini Grinover (1992, p. 109) a prova ilícita é aquela colhida infringindo normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

É de se entender, portanto, como prova ilícita, aquela prova colhida com infração as normas ou princípios de direito material, sobretudo as normas de direito constitucional, pois a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana. (AVOLIO, 2012, p. 43)

É pacífico que a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato. Sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito. Podendo, inclusive, em algumas situações, nas quais a nulidade é gritante, ser ato considerado inexistente pelo fato de sequer serem considerados atos processuais. (MARIANO DA SILVA, 2007, p.7)

Sendo assim, por meio dos conceitos expostos acima, caso a conduta invasiva seja inadequadamente fundada, a invasão será considerada ilegal, assim como todos os efeitos decorrentes dela.

Isso porque, o processo penal, como o meio pelo qual o Estado exerce a jurisdição, tem de ser pautado pela estrita legalidade. E essa legalidade é a observância aos

mandamentos constitucionais e legais que regem o processo penal. (MARIANO DA SILVA, 2007, p.7)

Assim, há a necessidade da perfeição do ato judicial para que ele possa produzir seus efeitos, sob pena desse ato ser declarado inválido ou ineficaz.

Assim sendo, a entrada forçada injustificada em domicílio é arbitrária e configura crimes de abuso de autoridade e violação de domicílio. Ainda que o flagrante se confirme, o encontro posterior de prova da materialidade não tem o condão de afastar a ilicitude das provas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada.

O flagrante sem indícios é ilícito, pois não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. A diligência policial deve ser avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois, sob pena de envenenamento de todas as provas obtidas.

Por fim, é interessante trazer a diferença entre a consequência da inadmissibilidade de uma prova e a nulidade desta. A inadmissibilidade de uma prova impede que ela seja juntada nos autos do processo, sendo o magistrado responsável por essa fiscalização, que é feita por ocasião do pedido de desentranhamento. (MARIANO DA SILVA, 2007, p.7)

Por outro lado, a nulidade de uma prova é reconhecida após a sua juntada aos autos, sendo uma situação decorrente de um vício ou defeito que ela apresente em virtude da metodologia empregada em sua obtenção. (MARIANO DA SILVA, 2007, p.7)

Após os conceitos trazidos neste tópico, é possível afirmar que caso uma prisão em flagrante tenha ocorrido em decorrência de uma busca e apreensão efetivada irregularmente, sem as garantias legais, a sua manutenção constituirá um ato de violência contra a liberdade humana e a própria segurança do Estado. (CASTELO BRANCO, 2001, p. 151)

Ora, o Processo Penal funciona, em um Estado Democrático de Direito, como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento

de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. (MOREIRA, 2017, p.4)

Por essas razões expostas acima, a conclusão que se chega é que uma invasão domiciliar executada com base em incertezas, de forma arbitrária, ou seja, sem elementos mínimos que comprovem a situação de flagrância, será considerada ilegal e, por conseqüência, todas as provas materiais obtidas por meio dela serão consideradas também ilegais.

4.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de iniciar a análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal, é necessário que se diga que a Corte precisa definir melhor os limites para a atuação policial nos casos de flagrante de delito de crimes permanente.

A jurisprudência da Suprema Corte ainda não solucionou com clareza a celeuma sobre quais os elementos informativos o agente do Estado estaria embasado para decidir sobre a execução da medida invasiva, sem ordem judicial, sob pena de responsabilização penal, civil e administrativa. (MARREIROS, 2106, p. 2)

Como já exposto, o simples fato de o crime ao qual haja suspeita de estar ocorrendo na casa do indivíduo ser de natureza permanente não pode ser justificativa para que o agente policial a invada a residência, sem que haja circunstâncias razoáveis que justifiquem a conduta invasiva.

E é por isso que, se não houver alguma espécie de freio legal à ação policial, o conteúdo material da inviolabilidade de domicílio restará atingido. (DO PRADO, 2013, p. 116)

No próximo tópico será analisado o entendimento da Suprema Corte, no julgamento de dois Habeas Corpus, o HC 127.457 e o HC 138.565.

No julgamento do primeiro Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser legítima a invasão domiciliar, já no segundo Habeas Corpus, a Corte entendeu que a invasão não era legítima.

4.3.1 OS HABEAS CORPUS Nº 127.457 e Nº 138.565

Os julgamentos dos Habeas Corpus foram parcialmente conflitantes. Isso porque, no julgamento do Habeas Corpus nº 127.457, o STF entendeu que consoante o entendimento da Corte, é “dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (Supremo Tribunal Federal, 2015)

Com esse argumento, a Corte negou-se, em decisão unânime, o Habeas Corpus em análise, que foi impetrado por um acusado pela prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte de arma de fogo com numeração raspada.

Ocorre que, compulsando os autos, afere-se que o processo deveria ter sido trancado por absoluta inexistência de justa causa, pois a apreensão da droga supostamente encontrada na residência ocorreu de forma ilegal, tendo em vista que os policiais não possuíam mandado judicial autorizador da busca domiciliar, muito menos o consentimento do morador. (MOREIRA, 2015, p. 2)

Contudo, como o assunto é bastante delicado e polêmico, no julgamento do Habeas Corpus 138.565 o STF entendeu de forma diversa, ou seja, que a invasão de domicílio não foi lícita.

No julgamento do HC 138.565, o Supremo deparou-se com uma situação bastante recorrente no dia-a-dia dos processos penais por tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse caso, os policiais realizavam operação de combate ao tráfico no interior de São Paulo quando suspeitaram que um indivíduo estivesse filmando a ação policial.

Sob esse único pretexto, os policiais fizeram a abordagem ao sujeito e adentraram sua residência, vasculhando a casa, sem qualquer autorização para tanto.

Nas buscas, acabou sendo encontrada uma pequena quantidade de drogas (crack e cocaína), razão pela qual foi dada voz de prisão em flagrante pelo crime de tráfico.

O indivíduo permaneceu preso por cinco meses e somente conseguiu obter a liberdade na última instância de recurso, no terceiro Habeas Corpus, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso em análise, concedeu a liminar para imediatamente revogar a prisão, ante a arbitrariedade e peculiaridade do caso.

Além disso, o Ministro, no julgamento do mérito, destacou que um dos princípios mais sagrados da nossa Constituição é aquele que estabelece a inviolabilidade da casa dos cidadãos (Supremo Tribunal Federal, 2017).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de habeas corpus, em sessão realizada no dia 18/4/2017, para trancar a ação penal a que respondia o paciente. (Supremo Tribunal Federal, 2017)

Foi adotada, como razões de decidir, “a ilegalidade da busca e apreensão da substância entorpecente no interior do domicílio do embargante, sem mandado judicial prévio e ausente qualquer indício de ocorrência de flagrante delito, o que torna ilícita a prova obtida.” (Supremo Tribunal Federal, 2017)

No julgamento, o Ministro Celso de Mello ainda manifestou sua preocupação com a arbitrariedade do caso, ao constatar que os policiais queria impedir que o cidadão filmasse a abordagem, o que é permitido já que o Brasil não é um regime ditatorial.

Ainda segundo o Ministro Celso de Mello, a busca e apreensão sem mandado judicial só seria justificada por uma fundada suspeita da prática de crime, o que não se verificou no caso, revelando assim a ocorrência de flagrante ilicitude que resultou na instauração de persecução criminal, pois ninguém deve ser investigado ou denunciado, processado, e muito menos condenado, com base em provas ilícitas (Supremo Tribunal Federal, 2017).

Dessa forma, no HC 138.565, o STF entendeu que, apesar de ter sido encontrada substância entorpecente no interior do domicílio, não havia qualquer indício de ocorrência do crime e, portando, a invasão domiciliar se deu com base em incertezas, de forma arbitrária. Sendo assim, as provas decorrentes da invasão são também ilícitas.

Foi, portanto, consagrado o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, o que não se verificou em várias outras decisões da Suprema Corte.

No próximo tópico, será estudado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, em que o Supremo Tribunal Federal tentou definir os limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial.

No julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, diferentemente do Habeas Corpus 138.565, o Supremo entendeu que haveria fundadas razões para suspeitar da ocorrência do crime.

4.3.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.616

O Supremo Tribunal Federal tentou dirimir o problema a respeito da invasão domiciliar sem mandado judicial no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 603.616.

Contudo, apesar de ser possível enxergar o julgamento em questão como um avanço do STF, a Suprema Corte não eliminou por completo a problemática que cerca o tema.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário aborda varias questões de bastante relevância. Segundo ele, a jurisprudência atual do Supremo afirma sem ressalvas que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente. (Supremo Tribunal Federal, 2016)

Para ele, entretanto, essa tese precisa evoluir, pois esvazia a inviolabilidade domiciliar, contrariando a interpretação sistemática da própria Constituição e tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário. E, por essa razão, o ministro propõe uma evolução do entendimento. (Supremo Tribunal Federal, 2016)

Ainda em seu voto, o relator expõe que a despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, ele acredita que o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente, visto que uma avaliação feita por um juiz neutro e desinteressado sobrepõe a avaliação de um policial envolvido no empreendimento, muitas vezes competitivo, de revelar o crime, resguardando contra medidas arbitrárias.

Além do mais, a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito é arbitrária, não sendo a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. (Supremo Tribunal Federal, 2016)

A situação de flagrância, portanto, necessita ser anterior ao ingresso forçado em domicílio. Caso contrário a situação será de evidente arbitrariedade.

E, nesse contexto, no julgamento, o Plenário da Corte (Supremo Tribunal Federal, 2016), reconheceu a repercussão geral e, por maioria de votos, firmou a tese 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.

Nesse sentido, a justa causa de que Supremo Tribunal Federal considera apta a embasar a invasão domiciliar sem mandado é a apresentação de “fundadas razões”, que amparem a crença de que um crime está ocorrendo na residência naquele instante.

Essas fundadas razões devem ser justificadas posteriormente, sob pena de invalidade das provas obtidas. Dessa maneira, deve ser demonstrado, posteriormente, os indícios colhidos pelos agentes policiais antes de adentrarem na residência. Por exemplo, fotos, vídeos, depoimentos, escutas autorizadas. (VELHO MASI, 2017, p. 4)

Para Nucci (2019, p. 903), 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 brasileiro.

Nesses termos, o que fica evidente é que a flagrância posterior a violação de domicílio não convalida o ingresso arbitrário e ilegal. Sendo que as razões da violação devem ser justificadas posteriormente, devendo estas serem fortes o suficiente para justificar a relativização de um direito fundamental tão importante.

Mesmo após o avanço alcançado com o julgamento, interpretações conflitantes surgiram. Enquanto alguns noticiavam que, agora, a polícia poderia entrar em residências sem mandado, outros diziam que o tribunal tinha confirmado a ilegalidade do ingresso em domicílio sem ordem judicial. (FALCÃO, ARGUELHES e RECONDO, 2017, p.198)

Para Hoffmann (2017, p. 3), a expressão “fundadas razões” é polissêmica, de maneira que persiste a busca por parâmetros mais seguros de interpretação do requisito.

Além da imprecisão do termo “fundadas razões”, a decisão do Supremo pode gerar excessos. Afinal, as razões para a invasão só precisam ser explicadas posteriormente, e dificilmente haverá testemunhas e provas suficientes para demonstrar que militares ou policiais agiram de forma ilegal.

Entretanto, por outro lado, para alguns autores, como por exemplo, Ingo Sarlet, (2015, p.1), a decisão ora em análise merece mais aplausos do que críticas. Para o autor, a partir dessa decisão, “o critério capaz de deslindar a polêmica é a verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental. Sendo que as circunstâncias fáticas devem evidenciar *ex ante* situação de flagrância.”

Por essa razão, caso o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual penal, então estarão comprometidas as provas da materialidade do delito.

Para Nucci (2019, p. 902), o que o STF entendeu foi que é necessário um mínimo de provas, a ser conferido posteriormente pelo Judiciário, para que essa entrada forçada seja considerada lícita.

Dessa forma, se for considerada lícita a violação do domicílio, será possível utilizar as provas de materialidade colhidas através dessa invasão de domicílio. Caso contrário restará contaminada pela entrada arbitrária todas as provas colhidas.

Fato é que mesmo após esse julgamento, que trouxe avanço na tentativa de solucionar o tema, o problema não foi solucionado, o que pode ser comprovado a partir de tantas opiniões doutrinárias distintas e conflitantes.

Desse modo, é evidente que o tema ainda carece de elementos mais objetivos para legitimar a relativização de um direito fundamental tão importante. Isso porque, o termo “fundadas razões” utilizado pelo STF não traz consigo a objetividade suficiente para solucionar o problema.

Por outro lado, a consagração do controle judicial posterior a conduta invasiva foi um passo muito importante na tentativa de solucionar a celeuma que existe.

5 CONCLUSÃO

Da detida análise da Constituição Republicana e de outros diplomas legais infraconstitucionais, a exemplo do Código Penal, nota-se que o legislador conferiu extrema importância à inviolabilidade do domicílio, positivando-a no rol de direitos e garantias fundamentais previstas no seu artigo 5º, mais especificamente no inciso XI.

Cuida-se de tema de grande relevância no seio da sociedade, que visa proteger a intimidade e privacidade do indivíduo, bem como a tranquilidade doméstica, haja vista as pessoas necessitarem de um ambiente livre de turbacões e inconveniências, pois é em sua casa que o ser humano afirma-se como senhor absoluto de sua própria intimidade.

Dessa forma, não se pode aceitar que o indivíduo não se sinta seguro dentro de sua própria residência, pois esta insegurança não seria apenas prejudicial ao próprio sujeito, mas também prejudicial a tranqüilidade social e a estabilidade do Estado.

Por esse motivo, o Direito Penal, como um instrumento sancionador, prevê o crime contra de violação de domicílio, a fim de efetivar na prática essa garantia constitucional de proteção ao lar.

No entanto, após o estudo do tema depreende-se que o direito à inviolabilidade de domicílio não é absoluto, comportando exceções, que existem, pois, em determinadas situações, há outros direitos em jogo que são mais importantes do que a inviolabilidade de domicílio.

Dentre essas exceções legítimas, a que foi objeto de discussão no presente trabalho fora a hipótese de flagrante delito, segundo a qual o agente estatal estaria autorizado adentrar ao domicílio sem autorização judicial para efetuar a prisão.

Os crimes permanentes constituem o maior número de situações aptas a justificar a prisão em flagrante e conseqüente violação do domicílio. Contudo, a fim de evitar arbitrariedades é necessário estudar os elementos autorizadores do ingresso das autoridades policiais, de modo a evitar precipitadas generalizações.

Para tanto, mostra-se imprescindível que o agente estatal tenha, previamente, elementos probatórios fortes o suficiente para justificar a situação de flagrância apta

a autorizar a invasão ao domicílio, pois mesmo que seja descoberta a prática de algum crime, sem a justificativa prévia, a incursão ao lar seria ilícita bem como os resultados dela decorrente.

O elemento capaz de autorizar a relativização da inviolabilidade seria a configuração de uma verdadeira emergência para ser admissível a violação domiciliar a qualquer hora e sem determinação judicial.

Somente se mostra razoável deixar de proteger a inviolabilidade de domicílio quando outro direito mais relevante estiver ameaçado, já que todas as pessoas necessitam de tranquilidade doméstica e de sua intimidade preservada para terem e disseminarem mais felicidade e paz.

O que não ocorre no caso de uma denúncia anônima que por acaso resulta em encontro fortuito de drogas em depósito, que muito embora seja hipótese de crime permanente, não configura nenhuma situação emergencial que apresente outro direito mais relevante capaz de justificar a mitigação ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Outrossim, um crime imperceptível dessa natureza não traz consigo a urgência necessária para legitimar a conduta invasiva.

Desse modo a existência de crime permanente, por si só, não é elemento apto a justificar a violação à proteção constitucional do domicílio, sob pena de criar uma carta branca para fundamentar invasões arbitrárias, que não foram precedidas de uma situação emergencial justificadora da conduta policial.

Conforme se constata da realidade social das comunicadas mais carentes do país, onde ocorre um verdadeiro desrespeito arbitrário à inviolabilidade do lar, reflexo da inegável seletividade penal que reveste o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, é imprescindível que sejam apontados limites mais objetivos para a entrada forçada em domicílio para que não desrespeite irremediavelmente a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio do cidadão.

6 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcelos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA DEMOCRACIA. **Direitos Humanos Visões Contemporâneas**. São Paulo: Método Editoração e Editora Ltda, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. – 19 ed. rev., atual. até a EC 84 de 2 de dezembro de 2014. – São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. 4 triagem.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 95, p. 165-193, 2012.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptação telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**, 1ª fase – Niterói, RJ: Impetus, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA, Paulo César Santos Bezerra. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em caso concreto**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, volume 2 – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Direito Constitucional: Leituras Complementares** – Salvador: Juspodivm, 2006.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. – São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. – 4ª edição reform. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1996.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte especial, v. 3**; coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. – 8ª edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Ver, atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GERBER, Daniel. **Prisão em flagrante: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

GODOY, Arion Escorsin de. **Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4888-Desconstruindo-mitos-sobre-os-abusos-nas-buscas-domiciliares-ao-pretexto-de-apuracao-do-delito-de-trafico-de-drogas. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019

GOMES, Enéias Xavier. **Do consentimento no homicídio**. – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. – 9ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

HOFFMANN, Henrique. **Prisão em flagrante em domicílio possui limites**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>. Acesso em: 17 de março de 2019.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito Constitucional**, 8 ed., Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIRO, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, Karina Nathércia Sousa. Revista do Ministério Público de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas. Centro de ciências jurídicas – CJUR. N 12 (JAN.\JUN. 2004) – Maceió: MPEAL: UFAL\CJUR.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 04/05/2011**. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MARREIROS, Ruchester. **Busca e apreensão sem ordem judicial exige justa causa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/academia-policia-busca-apreensao-ordem-judicial-exige-justa-causa-branco>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 12ª Ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição: o contraditório como significante e estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução Eveline Bouteiller. 5ª edição revisada e ampliada. – Barueri, SP: Manole, 2004.

MOREIRA, Rômulo. **O crime permanente e a inviolabilidade de domicílio**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/196669982/o-crime-permanente-e-a-inviolabilidade-do-domicilio>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

MOREIRA, Rômulo. **O STF e a violação de domicílio: enfim, uma decisão conforme a Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/04/24/o-stf-e-violacao-domicilio-enfim-uma-decisao-conforme-constituicao-federal>. Acesso em: 13 de dezembro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15ª edição rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249. – 9ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **El consentimiento em El Derecho Penal**. – Madrid: Editorial Dykinson, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. – Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SARLET, Ingo Wolfgang e NETO, Jayme Weingartner. **A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013.

SARLET, Ingo Sarlet. **Decisão do STF sobre violação de domicílio indica posição prudencial**. Acesso em: 02 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial>

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Juspodivm: Salvador, 2013.

STF. **RHC nº 121.419/São Paulo**, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17/10/14. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=63533&ext=.pdf>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019

STF. **Habeas Corpus nº 127.457/Bahia**, Segunda Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307135499&ext=.pdf>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019

STF. **Habeas Corpus nº 138.565/São Paulo**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315163280&ext=.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2019

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 603.616/Rondônia**, Plenário, Relator o Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2019.

STJ. **Habeas Corpus nº 106.970/São Paulo**, Quinta Turma, Relator o Ministro Jorge Mussi. Disponível em:

<http://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=463518&ext=.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2019

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado: volume 1 e 2**. – 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.