



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**CARLOS AUGUSTO SILVA LIMA**

**ADMISSIBILIDADE DA PROVA EM FACE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO À LUZ  
DA NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**FORTALEZA**

**2016**

CARLOS AUGUSTO SILVA LIMA

ADMISSIBILIDADE DA PROVA EM FACE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO À LUZ DA  
NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará  
como requisito parcial para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo  
Rebouças.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- L732a Lima, Carlos Augusto Silva.  
Admissibilidade da prova em face da violação de domicílio à luz da nova interpretação do Supremo Tribunal Federal / Carlos Augusto Silva Lima. – 2016.  
93 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.  
Área de Concentração: Direito Processual Penal e Direito Constitucional.  
Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.
1. Prova (Direito) – Brasil. 2. Prova ilícita - Brasil. 3. Processo penal - Brasil. I. Rebouças, Sérgio Bruno Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CARLOS AUGUSTO SILVA LIMA

ADMISSIBILIDADE DA PROVA EM FACE DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO À LUZ DA  
NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará  
como requisito parcial para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Direito Processual Penal e  
Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo  
Rebouças

Aprovada em 16/06/2016.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao meu pai, Carlos Augusto Lima (*in memoriam*).

À minha mãe, Maria de Fátima, pelo esforço e perseverança.

À minha esposa, Gleicy Lima, pelo apoio ao longo dos anos.

Aos meus filhos, Luís Gustavo e Ana Luísa, por tornarem meus dias mais felizes.

Ao meu orientador, Professor Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças, por compartilhar a sua sabedoria.

Aos Professores, Raul Carneiro Nepomuceno e Gustavo César Machado Cabral, por ilustrarem a banca examinadora.

Ao meu nobre amigo, Cléber Assunção Tavares, pelos esclarecimentos nos momentos de dúvida.

À minha irmã, Carla Guedes, e ao meu cunhado, Herico Feitosa, por colaborarem para que este trabalho fosse concluído.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de análise a prova no processo penal diante da violação de domicílio sem que haja, no entanto, a configuração da justa causa como elemento justificador da ação estatal levando-se em consideração a nova interpretação dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal. Objetiva-se demonstrar que a prova oriunda do ingresso forçado em domicílio só poderá ser admitida no processo penal se restar caracterizada que a violação ocorreu em virtude da existência de fundadas razões. Para que seja alcançado o objetivo há o estudo dos aspectos relacionados à prova no processo penal, da inviolabilidade do domicílio como direito fundamental e o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. A síntese conclusiva é no sentido de que a entrada forçada no domicílio quando da inexistência de mandado judicial deve ser baseada em fundadas razões e que, independentemente de ser ou não exitosa, será necessário avaliar se os motivos alegados pelos agentes estatais possuíam elementos caracterizadores suficientes para permitir o ingresso no domicílio e, caso não reste comprovada a justa causa, deverá ser declarada a inadmissibilidade das provas obtidas e a nulidade dos atos, além da possibilidade de responsabilização dos agentes.

**Palavras-chave:** Prova. Processo Penal. Violação de domicílio. Prova Ilícita. Justa causa.

## **ABSTRACT**

This work is analyzed in evidence in criminal proceedings before the violation of domicile without, however, setting the cause as justifier element of state action taking into account the new interpretation of the theme by the Supreme Court Federal. The objective is to demonstrate that the evidence derived from forced entry at home may be admitted only in the criminal process remains characterized the breach occurred due to the existence of reasonable grounds. In order to reach the goal there is the study of aspects related to evidence in criminal proceedings, the inviolability of the home as a fundamental right and the doctrinal and jurisprudential position on the subject. The concluding synthesis is the effect that the forced entry into the home when the warrant of absence should be based on reasonable grounds and that, whether or not successful, you need to assess whether the reasons given by state agents have sufficient characteristic elements for allow entry into the home and, if resté not proven to cause, shall be declared the inadmissibility of evidence obtained and the nullity of the acts and the possibility of accountability of agents.

**Keywords:** Proof. Criminal proceedings. home of violation. Unlawful race. Just cause.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	07
2	PROVA NO PROCESSO PENAL .....	10
2.1	Conceito e finalidade .....	10
2.2	Classificação das provas .....	11
2.2.1	<i>Quanto ao objeto</i> .....	11
2.2.2	<i>Quanto ao efeito ou valor</i> .....	12
2.2.3	<i>Quanto ao sujeito ou causa</i> .....	12
2.2.4	<i>Quanto à forma ou aparência</i> .....	13
2.3	Meios de prova e objeto da prova .....	13
2.4	Ônus da prova .....	15
2.5	Princípios gerais da prova .....	16
2.6	Provas ilícitas .....	17
2.6.1	<i>Conceito</i> .....	17
2.6.2	<i>Distinção entre prova ilícita e ilegítima</i> .....	19
2.6.3	<i>Inadmissibilidade da prova ilícita</i> .....	20
2.6.4	<i>Prova ilícita e a teoria dos frutos da árvore envenenada</i> .....	22
2.6.5	<i>Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade</i> .....	25
3	INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO .....	31
3.1	Inviolabilidade de domicílio como direito fundamental .....	31
3.2	A relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos .....	32
3.3	Domicílio sob a óptica constitucional .....	35
3.4	Definição jurídico-penal de domicílio .....	37
3.5	Causas de exclusão de ilicitude .....	39
3.6	Inviolabilidade de domicílio e flagrante delito .....	41
3.6.1	<i>Inviolabilidade de domicílio e crime permanente</i> .....	44
4	ADMISSIBILIDADE DA PROVA DIANTE DA INVASÃO DE DOMICÍLIO À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO STF.....	46
4.1	Entendimentos doutrinários .....	46
4.2	Entendimentos dos tribunais .....	50
4.2.1	<i>Posições divergentes</i> .....	54
4.3	Limites à violabilidade de domicílio e admissibilidade da prova .....	60
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	65
	REFERÊNCIAS .....	67
	ANEXO A – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA .....	72

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objeto de análise a prova no processo penal diante da violação de domicílio sem que haja, no entanto, a configuração da justa causa como elemento justificador da ação estatal, levando-se em consideração a nova interpretação dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Objetiva-se demonstrar que a prova oriunda do ingresso forçado em domicílio só poderá ser admitida no processo penal se restar caracterizada que a violação ocorreu em virtude da existência de fundadas razões.

Secundariamente propõe-se o estudo dos aspectos relacionados à prova no processo penal, conhecer a prova ilícita e analisar se ela pode ser admitida no processo, caracterizar a inviolabilidade domiciliar como direito fundamental, relacionar a violação de domicílio com o flagrante delito e os crimes permanentes, identificar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a admissibilidade da prova nos casos em que houver a violação de domicílio, expor a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a questão e os limites a serem observados pelos agentes estatais, além de avaliar a admissibilidade da prova obtida em desconformidade com o entendimento da Suprema Corte.

A Constituição Federal de 1988 traz explicitamente em seu texto, art. 5º, XI, o princípio à inviolabilidade de domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador.

O referido princípio está inserido no rol dos direitos fundamentais do cidadão, e em razão disso não pode ser desrespeitado por simples liberalidade do Estado. Por outro lado, embora goze da proteção constitucional, o direito à inviolabilidade de domicílio não se reveste de caráter absoluto, pois a própria Constituição estabeleceu exceções no exercício do direito pelo cidadão ao permitir a entrada forçada quando verificada a situação de flagrante delito ou desastre, quando necessária à prestação de socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Apesar de a Constituição autorizar de forma excepcional o ingresso na residência sem o consentimento do morador, parece razoável que devam existir parâmetros a serem observados pelos agentes estatais para a adoção de tal medida extrema, ou seja, deve haver limites para a referida ação. Em outras palavras, deve haver uma justa causa ou uma fundada razão que justifique a violação do domicílio.

Neste contexto, surge o questionamento sobre a admissibilidade da prova

obtida a partir do ingresso forçado em domicílio, sem mandado judicial, e sem uma causa suficientemente razoável que justifique a medida extrema de mitigação do direito à inviolabilidade domiciliar.

Questionamento este reforçado com a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em comento, o qual em recente julgado a Recurso Extraordinário estabeleceu que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita quando amparada em fundadas razões e devidamente justificadas.

Considerando o novo entendimento da Suprema Corte surgem algumas interrogações, tais como: poderia a prova produzida em decorrência da entrada sem justa causa em um domicílio ser aceita no processo? E as provas derivadas podem ser admissíveis? Quais as consequências para o processo? Os agentes estatais estão sujeitos a alguma penalidade?

O estudo do tema justifica-se pela existência diária de muitas situações de violação de domicílio por agentes do estado sem o competente mandado judicial apenas sob a justificativa da situação de flagrante no interior da casa. Contudo, observa-se que muitas vezes a situação de flagrante não se materializa, e quando se confirma, em muitos casos, se dá meramente de forma fortuita. Dito de outro modo, o agente viola o domicílio sem elementos suficientes da ocorrência de flagrante delito e fica na dependência de encontrar algum ilícito penal no interior da residência para justificar a ação, que poderá acontecer, porém, de forma meramente casual.

Além disso, não há um controle posterior efetivo por parte do poder judiciário sobre a ação do agente do estado, a fim de ser apurado se os motivos realmente justificaram a violação ao domicílio.

O trabalho foi discutido em três capítulos. O primeiro foi dedicado à prova no processo penal, onde foram ressaltados o conceito, finalidade, classificação, os meios, objeto e o ônus da prova, os princípios aplicados, exposição sobre as provas ilícitas e os aspectos relacionados a elas, tais como a inadmissibilidade, a teoria dos frutos da árvore envenenada e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O segundo capítulo traz um breve estudo sobre princípio da inviolabilidade de domicílio, no qual será exposto que ele foi materializado na Constituição Federal como direito fundamental. Serão apresentadas as conceituações de domicílio sobre o enfoque constitucional e penal e, por fim, apresentar-se-á a relação entre a inviolabilidade de domicílio, flagrante delito e os

crimes de natureza permanente.

Para finalizar, o terceiro capítulo versará sobre a admissibilidade da prova no processo penal obtida a partir da invasão de domicílio. Serão enunciados os entendimentos doutrinários favoráveis e contrários à admissibilidade da prova, o posicionamento majoritário dos tribunais e o minoritário e, por fim, será analisada a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a violação de domicílio e a implicação sobre a admissibilidade da prova, além da necessidade de um controle mais efetivo sobre as ações dos agentes estatais.

A metodologia de pesquisa a ser aplicada no trabalho monográfico será de natureza qualitativa, de cunho bibliográfico, tendo em vista que será feita uma análise doutrinária a partir de livros que versam sobre o tema proposto, além do estudo da Constituição Federal e legislações específicas ao assunto. Será feita pesquisa dos julgados existentes em nossos tribunais, incluindo as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Servirão também como fonte de consulta os artigos científicos e periódicos disponibilizados na internet.

## 2 PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova é uma peça essencial no processo penal. É através dela que as partes tentam convencer o juiz de que a demanda apresentada por elas no processo é verdadeira, objetivando que o provimento judicial lhes seja favorável.

A prova está prevista no Código de Processo Penal (CPP), no título VII, a partir do artigo 155 ao artigo 250. Contudo, as possibilidades de provas não se exaurem com os dispositivos elencados no CPP, pois, como bem disse Capez (2012) são admitidas no ordenamento jurídico as provas denominadas de inominadas que são as que não estão explicitamente previstas na legislação.

Apesar de ser disciplinado pela legislação processual penal, o direito à prova é uma consequência da ampla defesa e contraditório garantia constitucionalmente prevista na Constituição de 1988.

### 2.1 Conceito e finalidade

A definição de prova não abrange apenas uma interpretação. Assim, é comum a doutrina versar sobre os muitos significados em sentido estrito que a palavra prova se apropria.

Conforme Nicolitt (2013) a prova está diretamente relacionada à busca ou construção da verdade dentro do processo penal. Tem origem etimológica do latim *probatio*, que significa exame, ensaio, verificação, inspeção, argumento, razão ou confirmação, e deriva do verbo *probare*, o qual significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, convencer alguém de algo e demonstrar.

Capez (2012, p. 360) definiu prova como sendo:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Dito de maneira mais simples, prova pode ser conceituada como sendo um instrumento processual utilizado pelas partes litigantes para comprovarem em

juízo a verdade material dos fatos alegados, com o fim específico de convencer o juiz e, assim, obterem uma decisão judicial favorável.

Conforme Nucci (2013, p. 397) existem três acepções para o termo prova:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Na mesma linha de raciocínio Lima (2014) destaca que a palavra prova possui três sentidos: a) como atividade probatória, que consiste no conjunto de atividades de averiguação e demonstração, pelas quais se busca a verdade dos fatos significativos para o julgamento; b) prova como resultado, caracterizando-se pela formação da convicção do magistrado sobre os fatos apresentados ao processo pelas partes em litígio; c) prova como meio, relacionados aos meios idôneos que possibilitam a formação da convicção do juiz sobre a existência dos fatos apresentados em juízo.

Por sua vez, Nicolitt (2013, p. 360) conceitua prova como sendo “o instrumento ou o meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em um determinado processo.”

Diante do exposto, observa-se que a prova se reveste de grande importância no processo penal e a sua finalidade precípua é o convencimento do juiz quanto à veracidade do fato alegado na lide.

## **2.2 Classificação das provas**

Na doutrina há muitas classificações de provas, porém, mais comumente, temos: quanto ao objeto, quanto ao efeito ou valor, quanto ao sujeito ou causa e quanto à forma ou aparência.

### **2.2.1 Quanto ao objeto**

É o vínculo que a prova tem com o fato apresentado em juízo e que precisa ser provado.

Sobre o tema Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 121) ensina que “a prova classifica-se em *direta ou indireta*, conforme se refira direta e imediatamente ao fato a ser provado (objeto da prova), ou se refira a outro fato (indício) que, por sua vez, se ligue ao fato a ser provado.”

Desta forma, a prova pode ser direta, quando a prova está diretamente relacionada ao fato a ser provado, ou indireta, quando se refere a outro acontecimento, mais que por inferência é remetida ao fato principal.

### **2.2.2 Quanto ao efeito ou valor**

Classificar a prova quanto ao seu valor é estipular o grau de certeza advindo após a análise das provas apresentadas. Sob essa perspectiva temos as provas plenas e as indiciárias.

A prova será considerada plena quando for suficientemente forte para convencer o juiz sobre a veracidade do fato apreciado, imprimindo-lhe um grau de certeza. Por outro lado, será indiciária quando não tiver a profundidade suficiente, tornando-se necessária a adoção de medidas complementares. Para Capez (2012) a prova indiciária ou não plena traz consigo um juízo de mera probabilidade.

### **2.2.3 Quanto ao sujeito ou causa**

Relativamente ao sujeito ou causa, a prova pode ser real ou pessoal. Pode-se dizer que a prova real é a resultante de objetos ou coisas que carregam vestígios de um crime, ou seja, não está relacionada com a vontade deliberada da pessoa. Por exemplo, uma arma, um cadáver, uma camisa ensanguentada, entre outros.

No que se refere a prova pessoal Capez (2012, p. 394) a define como:

[...] aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas por declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais).

Diante do que foi apresentado, pode-se afirmar de maneira sucinta que a prova pessoal é derivada da livre expressão de vontade do homem.

#### **2.2.4 Quanto à forma ou aparência**

Conforme Alencar e Távora (2009) a classificação da prova quanto à sua aparência está diretamente relacionada a maneira com que ela se apresenta no processo, podendo ser testemunhal, documental e material.

A prova testemunhal é originária do depoimento de uma pessoa estranha à lide, no qual contará em juízo qual o seu conhecimento sobre os fatos apresentados no processo. É disciplinado pelo Código de Processo Penal nos artigos 202 a 225. No entendimento de Capez (2012, p. 435) testemunha vem a ser uma “pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.”

A prova documental, prevista no art. 232 do CPP, refere-se a “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” que possam ser juntados aos autos do processo. Para Capez (2012, p. 454 e 455) “documento é a coisa que representa um fato, destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo”. O autor continua sua exposição afirmando que:

[...] em sentido estrito, documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato de relevância jurídica. [...] em sentido mais amplo, os documentos compreendem não só os escritos, mas também qualquer forma corporificada de expressão do sentimento ou pensamento humano, tais como a fotografia, a filmagem, a gravação, a pintura, o desenho, o *e-mail* etc. (CAPEZ, 2012, p. 455)

Saliente-se que de acordo com Lima (2014) é essencial que o documento possua relevância jurídica, de tal forma que o seu conteúdo realmente traga consequências no plano jurídico.

Por sua vez, a prova material é aquela decorrente da utilização de meios químicos, físicos ou biológicos, compreendendo as provas resultantes de exames, vistorias, perícias, exame de corpo de delito, entre outros, revestindo-se de grande relevância para a formação do convencimento do juiz.

#### **2.3 Meios de prova e objeto da prova**

Os meios de prova são todos os instrumentos utilizados pelas partes

litigantes que possibilitem demonstrar a verdade dos fatos alegados no processo, permitindo ao juiz formar a sua convicção.

Conforme Nucci (2013, p. 398) meios de prova “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo.”

A partir da legislação processual penal pode-se citar, como meios de prova, os interrogatórios, confissão, depoimentos, perícias, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos anexados ao processo, confissão, entre outros.

O ordenamento jurídico impõe restrições para a produção da prova, não sendo permitida a utilização de meios escusos para a sua obtenção. A própria legislação considera inadmissíveis as provas obtidas em violação à normas constitucionais ou legais.

A respeito do assunto Silva (2007, p. 10) escreve que:

Assim, embora haja certa liberdade para a produção da prova no âmbito processual penal, uma vez que está em jogo a liberdade da pessoa humana, a própria lei processual e as normas de direito material, inclusive de índole constitucional, impõem certos limites que deverão ser observados, sob pena de a prova ser considerada nula ou ilícita.

Observa-se que embora haja diversas maneiras para a produção de provas no processo penal, o ordenamento jurídico não permite que elas possam ser obtidas em desobediências às normas legais e constitucionais vigentes sob pena de serem consideradas ilícitas e não terem aplicabilidade nenhuma no processo.

Sobre o assunto em debate, Lima (2014, p. 555) expõe que:

Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. Somente os primeiros podem ser admitidos pelo magistrado, dispondo o art. 157 do CPP que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos do processo.

Quanto ao objeto de prova, pode-se dizer que este vem a ser o fato ou algo que precisa ser provado pelas partes. Capez (2012, p. 360) ensina que o “objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa.”

Em regra, não se exige a prova de norma ou preceito legal, porém se o direito alegado for estrangeiro, estadual ou municipal, necessária será a sua

comprovação. Também não precisam ser provados os fatos tidos como notórios, que são aqueles os quais se julga serem do conhecimento de todos.

Por outro lado, todos os fatos que não se enquadram entre os que não precisam de provas, obrigatoriamente necessitam serem provados.

## 2.4 Ônus da prova

A prova decorre das garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, dessa maneira, não se deve compreendê-la como uma obrigação, mas como uma faculdade aos litigantes no processo.

Partindo deste pressuposto, a faculdade de provar reveste-se em um ônus e não em uma obrigação. Dito isto, o ônus probatório está relacionado à faculdade que as partes dispõem de provar em juízo os fatos alegados no processo.

Para Capez (2012, p. 394) “o ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.”

Conforme Nucci (2013, p. 402) “ônus da prova quer dizer encargo de provar.” O doutrinador afirma ainda que “ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta sanção autônoma.”

Sobre o tema em comento Lima (2014, p. 570),

Transportando-se o conceito de ônus para o âmbito da prova, pode-se dizer que ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das informações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.

Diante do exposto, não haveria a compreensão de prova como uma obrigatoriedade processual, pois, se assim fosse, quaisquer das partes que não as apresentasse no processo estaria incorrendo em ilegalidade e assim estaria sujeita às sanções legais.

Por outro lado, a parte que se mantiver inerte, como bem afirma Alencar e Távora (2009), arcará com as consequências de sua inatividade, ou seja, assume o risco de não obter um provimento judicial favorável.

O Código de Processo Penal no art. 156 define como regra que a prova da alegação é atribuída a quem a fizer, dessa forma a parte acusadora deverá provar a materialidade e autoria dos fatos demandados em juízo. Importante

salientar que o supramencionado dispositivo legal não se reveste de caráter absoluto, pois não há óbice que o acusado possa produzir prova em seu benefício.

É o que se observa, conforme relata Capez (2012), quando o réu demonstra em juízo causas excludentes da antijuricidade, da culpabilidade e da punibilidade, ou aponta circunstâncias que atenuem a pena e/ou que lhe conceda benefícios legais.

Ademais, o art. 156, II, do CPP, faculta ao magistrado a provocação para a realização de provas complementares, com o fito de dirimir eventuais dúvidas. Entretanto, essa possibilidade legal conferida ao juiz para a produção de provas deve ser vista com ressalvas e em caráter excepcional, a fim de que não se tenha uma ruptura na imparcialidade exigida ao magistrado no julgamento do processo, muito embora, como afirma Alencar e Távora (2009), todo material probatório surgido em decorrência da ação do magistrado, necessariamente deverá ser apreciado pelas partes em obediência ao contraditório.

Saliente-se, contudo, que a legislação processual penal autoriza o juiz, de ofício, determinar a produção antecipada de provas ainda na fase de inquérito, e não apenas no curso do processo.

## **2.5 Princípios gerais da prova**

Tendo como referência a doutrina de Capez (2012) e Alencar e Távora (2009), elencamos os sete princípios inerentes à prova no processo penal, a saber:

- a) princípio da autorresponsabilidade das partes, segundo o qual as partes assumem as consequências das suas ações ou omissões no processo;
- b) princípio da audiência contraditória, pelo qual toda e qualquer prova produzida no processo deverá ser submetida a contradita pela parte contrária;
- c) princípio da comunhão da prova, no qual as provas produzidas não pertencem a uma ou outra parte litigante e sim ao processo e, por consequência, servem aos interesses da justiça;
- d) princípio da oralidade, onde no transcorrer do processo a lei processual penal exige que haja a predominância da palavra falada, como depoimentos, testemunhos, alegações, entre outros;

- e) princípio da concentração, que surgiu em decorrência do princípio da oralidade e se refere ao fato de que toda a produção de provas deverá se concentrar em uma única audiência. Em consonância com o que dispõe o art.400, §1º, do Código de Processo Penal;
- f) princípio da publicidade, do qual se extrai que, em regra, os atos judiciais são públicos, neles incluídos a produção de provas, porém, devemos ressaltar a possibilidade do processo correr em segredo de justiça;
- g) princípio do livre convencimento motivado, o qual aduz que o juiz ao analisar as provas no processo possui a liberdade para decidir de acordo com a sua convicção, entretanto, deverá fazer a devida motivação.

## **2.6 Provas ilícitas**

O ato de produzir prova constitui-se em um direito assegurado às partes litigantes no processo, entretanto, não se reveste de caráter absoluto, encontrando limites à sua produção dentro do ordenamento jurídico para serem consideradas válidas.

A produção de quaisquer provas no processo deve necessariamente observar as limitações previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a fim de não macular todo o processo.

### **2.6.1 Conceito**

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, porém, não definiu explicitamente o que seria prova ilícita.

Por sua vez, o CPP versou sobre o tema no art. 157 dispondo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

O legislador processual avançou em relação ao Constituinte ao especificar que provas ilícitas serão assim consideradas se forem originadas a partir de violação a normas constitucionais ou legais. Porém, não restou claramente

definido se a norma legal a que se referiu é de ordem material ou processual.

Conforme Lima (2014), o silêncio do legislador tem provocado divergências doutrinárias, pois alguns entendem que de acordo com o art. 157, *caput*, do CPP, a prova será considerada ilícita tanto se violar normas de direito material quanto as de natureza processual, outros, contudo, consideram prova ilícita apenas as que forem obtidas a partir da violação de norma legal material.

Em consonância com o primeiro entendimento, Nucci (2013) e Nicolitt (2013) defendem que as provas ilícitas se constituem em gênero do qual surgem as espécies obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Para os citados autores tanto as provas originadas de violações a direito material quanto a direito processual constituem provas ilícitas.

Já para Lima (2014, p. 586) a prova ilícita decorre da violação às normas de direito material:

[...] quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a *normas legais*, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades.

Alencar e Távora (2009) e Capez (2012) consideram que as provas ilícitas são espécies do gênero “prova proibida”, que na prática vem a ter a mesma definição de prova ilegal citada por Renato Brasileiro de Lima. Os ilustres autores defendem que as provas ilícitas são as que resultam de violações aos dispositivos de direito material ou princípios constitucionais penais.

Observa-se que não há um entendimento consensual na doutrina para uma melhor definição de prova ilícita. Diante das divergências, acredita-se que o melhor entendimento a seguir é o delineado pelo legislador processual, e considerar prova ilícita como toda e qualquer prova que viole normas constitucionais ou legais, não fazendo distinção entre norma de direito material ou processual.

Sobre o tema escreve Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 133),

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se 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.

Diante de todo o exposto, prova ilícita pode ser definida como sendo as que forem produzidas em desrespeito às normas e princípios constitucionais e dispositivos legais constantes no ordenamento jurídico, devendo, pois, serem

retiradas do processo.

### **2.6.2 Distinção entre prova ilícita e ilegítima**

Parte da doutrina defende a tese de que existe uma diferenciação na classificação da prova em decorrência da violação ser em norma material ou processual por ocasião da obtenção ou produção probatória, e a partir desse entendimento classificam as provas em ilícitas e ilegítimas.

O tema foi inserido na doutrina brasileira por Ada Pellegrini Grinover seguindo o entendimento do jurista italiano Pietro Nuvolone, o qual defendia que provas ilícitas e ilegítimas eram espécies do gênero prova ilegal. Assim, em consonância com o posicionamento de Nuvolone, Grinover (1982) definiu prova ilícita como sendo a que decorre de violação à norma de direito material sendo verificada a ilicitude no momento da sua obtenção. E prova ilegítima a proveniente de violação a norma processual.

Conforme Lima (2014) a prova será considerada ilícita quando for obtida em prejuízo a direitos individuais previstos tanto constitucionalmente quanto nas legislações infraconstitucionais, como exemplo, quando a obtenção ocorrer em violação ao direito de intimidade, imagem, domicílio, entre outros.

Ainda conforme o citado autor, uma das características da prova ilícita é que geralmente a violação à norma material ocorre antes ou simultaneamente com o processo, e fora deste. De seu turno, a prova ilegítima, em regra, é produzida dentro do processo.

Sobre prova ilegítima Capez (2012, p. 363) aduz que:

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc.

Observa-se que independentemente de como são classificadas, as provas obtidas ou produzidas em desconformidade com os dispositivos legais e/ou constitucionais podem causar sérios prejuízos ao processo penal, merecendo toda a atenção do magistrado quanto a sua idoneidade.

### **2.6.3 Inadmissibilidade da prova ilícita**

A doutrina sempre se mostrou dividida quando o assunto era a admissibilidade ou não da prova ilícita. Apesar de o posicionamento majoritário ser pela inadmissibilidade, há uma minoria que defende uma flexibilização na utilização da prova ilícita.

O Constituinte de 1987-1988 ratificou o entendimento que vinha sendo seguido pelo Supremo Tribunal Federal e trouxe expressamente no texto constitucional que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. A legislação processual penal complementou a Constituição ao dispor que tais provas deverão ser desentranhadas do processo.

Se uma prova é obtida ou produzida em violação a uma norma constitucional, ela não pode ser aceita dentro do processo, ou seja, não pode produzir nenhum efeito. Silva (2007, p. 19) afirma que “a prova inadmissível nem sequer é uma prova, é uma não-prova. De tal sorte, a sentença não seria nula, mas inexistente.”

Sobre a inadmissibilidade da prova no processo penal escreve Oliveira (2014, p. 345),

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A não admissibilidade de prova obtida por meios ilícitos no processo penal é um instrumento através do qual se impõe ao Estado um limite no exercício de sua ação persecutória, evitando que os agentes estatais violem direitos e garantias individuais por ocasião das diligências investigatórias.

Apesar de ser considerada inadmissível pela Constituição, Código de Processo Penal e pela maior parte da doutrina, a simples presença de uma prova ilícita não acarreta, necessariamente, a invalidação de todo o processo, a não ser que todas as provas estejam contaminadas pela ilicitude.

Caso seja reconhecida a presença no processo de uma prova obtida por

meio ilícito, ela deverá ser desentranhada dos autos, conforme dispõe a legislação processual penal.

Consoante Silva (2007) nas situações em que existir uma sentença condenatória proferida levando em consideração uma prova ilícita, o Tribunal, em sede recursal, deverá desconsiderar a prova em questão e julgar a lide, podendo, se for o caso, determinar o desentranhamento da prova.

De acordo com Lima (2014) se em grau de recurso for declarada a ilicitude de uma prova e a sentença tenha sido em favor da defesa, só poderá haver um reexame da matéria em caso de apelação da acusação. De modo diverso, reconhecida a ilicitude e a sentença tenha favorecido a acusação, não haverá a necessidade de decretar a nulidade da sentença se após a retirada da prova considerada ilícita decorrer a absolvição do réu. Nessa situação, o Tribunal ordenará o desentranhamento da prova ilícita e julgará o caso. Porém, se mesmo com a exclusão da prova ilícita, houver elementos que ensejam a condenação do réu, deverá ser decretada a nulidade da sentença pelo Tribunal para que seja proferida outra desconsiderando as provas admitidas irregularmente no processo.

Conforme Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001) nos processos em que já tenha ocorrido o trânsito em julgado e a sentença tiver sido proferida por base em provas ilícitas, ela será considerada nula e poderá ser desconstituída por intermédio do ajuizamento de revisão criminal. Contudo, se estivermos diante de um *habeas corpus*, caberá anulação da sentença pelo Tribunal que deverá indicar a prova eivada de vício de nulidade e determinar a sua retirada dos autos.

Quanto à existência de prova ilegítima no processo, observa-se que por ser considerada uma violação às regras de direito processual, ela poderá ser considerada pelo magistrado apenas como uma simples irregularidade processual, ou mesmo, ser declarada nula.

Na esfera do Tribunal do Júri, se a prova ilícita tiver sido produzida na fase inicial do procedimento do júri, o juiz ao pronunciar o acusado, determinará o desentranhamento da prova considerada ilícita, desconsiderando-a na sua decisão. Porém, caso o processo seja julgado pelos jurados e constar nos autos uma prova ilícita, o Tribunal deverá reconhecer a ilicitude da prova e determinar a anulação do julgamento caso haja o recurso de apelação, revisão criminal ou *habeas corpus*.

#### **2.6.4 Prova ilícita e a teoria dos frutos da árvore envenenada**

A Teoria dos frutos da árvore envenenada ou teoria dos *fruits of the poisonous tree* surgiu nos Estados Unidos e está relacionada ao fato de que a prova que derivar de outra declarada ilícita deverá ser considerada inservível ao processo. A partir daí, formulou-se a teoria das provas ilícitas por derivação.

Lima (2014, p. 589) explica a origem da prova ilícita por derivação:

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso NARDONE v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos), ou *taint doctrine*.

No Brasil, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal não adotou a teoria da prova ilícita por derivação. Prevalencia o entendimento de que a Constituição Federal proibia o aproveitamento no processo somente da prova ilícita propriamente dita. Posteriormente, no ano de 1996, o Pleno do STF ao analisar o HC 73.351/SP, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, mudou o entendimento e a Suprema Corte passou a se posicionar favorável a teoria da prova ilícita por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada como podemos ver abaixo:

*HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART.5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. (STF, 1ª Turma, HC 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999).*

A lei 11.690, de 09.06.2008, estabeleceu mudanças nos dispositivos do Código de Processo Penal e trouxe importantes modificações às regulamentações referentes às provas, uma delas foi a incorporação da teoria dos frutos da árvore

envenenada à legislação processual penal, mais precisamente no art. 157, § 1º.

Sobre o tema Capez (2012, p. 364-365) expõe que:

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estria contaminada pelo vício na origem.

Pode-se dizer que a prova ilícita por derivação é aquela em que os meios utilizados para sua produção são legítimos, ou seja, foi produzida em obediência às formalidades legais, porém, ela não é admissível por ter sido maculada pelo vício da ilicitude da prova originária.

Como exemplo, cite-se a localização de uma casa por intermédio de uma escuta telefônica ilegal, onde estariam guardados produtos oriundos de roubo. De posse da informação, a autoridade policial representa pela expedição de mandado de busca e apreensão e, após aquiescência do poder judiciário, invade o lugar, apreende o material e prende quem está na casa. O ingresso no domicílio, a consequente apreensão e prisão foram ações lícitas, contudo, só foi possível em virtude da ação ilegal praticada no início da operação, qual seja, a escuta sem autorização judicial, a qual transmitiu sua ilicitude às provas posteriormente produzidas.

Nesse sentido, Lima (2014, p. 589) escreve:

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Muito embora a regra seja pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, existem limitações impostas à teoria. Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2007) escreve que o próprio Supremo norte-americano e a doutrina internacional passaram a admitir provas derivadas da ilícita quando não existir relação de causa e efeito entre elas, o que chamaram de *independent source*, e quando as provas derivadas da ilícita puderem ser descobertas de qualquer maneira independentemente da prova ilícita originária, *inevitable discovery*.

A partir da análise da redação do art. 157, §1º e §2º, do Código de Processo Penal, constata-se que as teorias da *independent source*, ou fonte

independente, e *inevitable discovery*, ou descoberta inevitável, foram realmente incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro com a lei nº. 11.690/08.

Art. 157. [...]

§ 1º São também 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;

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Importante ressaltar que embora o parágrafo segundo do art. 157 do CPP faça menção à fonte independente, parte da doutrina entende que na realidade o legislador faz referência à limitação da descoberta inevitável. Lima (2014, p. 593) afirma que “parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à *fonte independente*, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável.”

Diante do exposto, e em conformidade com Lima (2014), pode-se afirmar que pela teoria da fonte independente as provas serão consideradas admissíveis se houver a demonstração fática inequívoca de que elas tenham sido obtidas de forma autônoma, totalmente desvinculada da prova ilícita, não existindo nenhum vínculo de dependência ou nexo causal. Caso contrário, prevalecerá a teoria da prova ilícita por derivação.

Por seu turno, os defensores da teoria da descoberta inevitável afirmam que caso reste claro que a prova derivada da ilícita possa ser produzida independentemente da prova ilícita originária, ou seja, se hipoteticamente o responsável pela persecução penal demonstrar que chegaria à mesma prova utilizando-se de meios lícitos, ela deverá ser admitida no processo.

Para tanto, conforme Lima (2014), se faz necessário a demonstração de dados concretos para que se faça a inferência de que realmente se chegaria aquela determinada prova, para isso o órgão persecutor penal deverá utilizar-se do juízo do provável ao invés do juízo do possível.

Por fim, diante do exposto, é preciso ter muita cautela na apreciação e aplicação das teorias de limitações às provas ilícitas por derivação para que o magistrado não venha a admitir uma prova eivada de vício de ilicitude, resultando em prejuízo ao réu e ao processo.

### **2.6.5 Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade**

Na visão constitucionalista de Bonavides (2015, p. 444) a proporcionalidade existe como norma esparsa em nossa Constituição, não existindo enquanto norma geral de direito escrito. Acrescenta que na qualidade de princípio geral de direito deve ser considerado como implícito na Constituição.

O referido autor ressalta a importância da proporcionalidade e a sua aplicação prática de forma inadiável, ao dizer que “[...] urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial. (BONAVIDES, 2015, p. 444).

Por sua vez, Lima (2014) afirma que em se tratando de matéria processual penal, o Estado é condicionado pelo princípio da razoabilidade, não podendo agir de maneira desmedida e, partindo desse pressuposto, o princípio da proporcionalidade se reveste de grande importância a partir do momento em que é utilizado como coeficiente de aferição da razoabilidade das ações do Estado, servindo como controle de medidas excessivas e desproporcionais.

Conforme Pacheco (2010), o princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa na Constituição Federal. Na visão do autor, existem vários posicionamentos sobre o fundamento jurídico do princípio da proporcionalidade, tais como, ser ele uma consequência do princípio do Estado de Direito, ou deduzido do princípio da igualdade, ou decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais, ou que ele seja originário do devido processo legal ou mesmo que seja um princípio independente, existindo por si só.

Da mesma forma que Pacheco e Bonavides, Lima (2014) também entende que o princípio da proporcionalidade se constitui em um princípio constitucional implícito, isto é, não está expressamente previsto na Constituição. Acrescenta que ele está inserido no aspecto material do devido processo legal (*substantive due process of law*).

Novelino (2008,p. 332) também relaciona o princípio da proporcionalidade ao devido processo legal substantivo:

O devido processo legal substantivo se dirige, em primeiro momento ao legislador, que constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Como decorrência deste princípio surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso a justiça, o

juiz natural, a ampla defesa o contraditório, a igualdade entre as partes e a exigência de imparcialidade do magistrado.

Desta forma, estando o princípio da proporcionalidade vinculado ao princípio do devido processo legal, se reveste de muita importância na medida em que serve de instrumento para salvaguardar direitos e garantias fundamentais dentro do processo penal, evitando, assim, o arbítrio do poder público.

Corroborando com o pensamento de Pacheco (2010), Lima (2014) e Novelino (2008) no que diz respeito à relação do princípio da proporcionalidade com o devido processo legal substantivo, aduz Nicolitt (2013, p. 375),

Com o desenvolvimento do chamado *substantive due process*, ocorreu a ascensão do Judiciário, que através do exercício de jurisdição constitucional encontrou naquele um importante para tutelar direitos individuais mediante o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental.

O autor conclui afirmando que o princípio da proporcionalidade está diretamente ligado à limitação do poder público frente às medidas arbitrárias do Estado, isto é, tem uma vinculação direta com a proteção e garantia dos direitos e garantias individuais.

O princípio da proporcionalidade apresenta requisitos extrínsecos e intrínsecos (também chamados de subprincípios) para a sua aplicabilidade. Os requisitos extrínsecos são a judicialidade e motivação, e os intrínsecos são a adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme a doutrina de Lima (2014).

Lima (2014, p. 92) apresenta uma definição do que vem a ser o requisito da judicialidade:

Por judicialidade compreende-se a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão jurisdicional competente. A denominada cláusula de reserva de jurisdição garante ao Poder judiciário não apenas dar a última palavra em matéria de restrição de direitos fundamentais, como também assegurar sua manifestação já no primeiro momento em que a restrição se mostrar necessária.

Da explanação do autor, compreende-se que a limitação ao exercício de um direito individual não pode ser mitigado por qualquer pessoa e em quaisquer situações, devendo haver necessariamente um provimento jurisdicional competente para deferir qualquer ruptura ou restrição a direitos fundamentais.

Quanto ao requisito da Motivação, Lima (2014, p. 93) apresenta que será

a partir da análise da fundamentação do juiz que se poderá aferir os motivos de fato e de direito que nortearam a decisão no sentido de restringir direitos fundamentais, possibilitando ao indivíduo afetado adotar as medidas legais cabíveis em sentido contrário:

Quanto à motivação, há de se ter em mente que, em se tratando de decisões das quais resulte, de alguma forma, restrição a direitos fundamentais, será por meio da fundamentação da decisão judicial que se poderá aferir quais os motivos de fato e de direito levados em consideração pelo magistrado para a formação de seu convencimento, permitindo ao cidadão impugnar o ato se entender inconstitucional ou ilegal.

No que se refere ao subprincípio da adequação ou da idoneidade, eles partem do princípio de que toda interferência nos direitos e garantias fundamentais deve ser realizada da maneira mais adequada e de forma que contribua para o alcance de um propósito constitucionalmente legítimo. Se não houver um fim que justifique o meio ou o fim se mostre sem legitimidade estar-se-á diante de uma intervenção arbitrária nos direitos fundamentais. Assim, o meio restritivo será julgado adequado se for apto a alcançar o fim pretendido.

O subprincípio da necessidade ou intervenção mínima se refere à aplicação do meio restritivo menos gravoso com o direito fundamental atingido, de forma que o prejuízo seja o menor possível, e que ao mesmo tempo possibilite o alcance do objetivo pretendido. Em outras palavras, pode-se dizer que nos casos em que haja diversas medidas restritivas de direitos fundamentais aptas a alcançar o fim proposto, o órgão da persecução penal deve optar por aquela que se revela menos danoso aos direitos e liberdade das pessoas e que *pari passu* garanta o interesse público.

Por último, o subprincípio da proporcionalidade, que conforme Lima (2014, p. 94), “impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.” Dessa forma, a medida restritiva imposta ao direito fundamental do indivíduo deve ser proporcional à importância do bem jurídico a ser tutelado.

O entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência brasileira é pela inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como das provas ilícitas por derivação, inclusive, este é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal. Contudo, existe a possibilidade da utilização da prova ilícita no processo por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade vem sendo aplicada em matéria relativa à prova ilícita no processo penal especialmente em duas situações, quando em benefício do acusado e quando invocado em benefício da sociedade.

Quanto à admissibilidade da prova ilícita em benefício da defesa, parece haver uma concordância entre a doutrina e a jurisprudência quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, é o que a doutrina chama de prova ilícita *pro reo*, dessa forma, a prova obtida ilicitamente poderá ser considerada apta no processo se os seus efeitos servirem para resguardar direitos do acusado.

Sobre o assunto Capez (2012, p. 369) aduz que:

Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Na proporcionalidade *pro reo* prevalece a ideia de que é melhor um culpado solto do que um inocente condenado. Conforme Lopes Jr. (2014, p. 612) “a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).”

Nesse sentido, Alencar e Távora (2009, p. 310) afirma:

[...] se de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

A utilização de provas obtidas ou produzidas por meios ilícitos em benefício do acusado leva em consideração o fato de que os direitos constitucionais da ampla defesa e o da presunção de inocência devem prevalecer sobre o direito de punir do Estado.

Enquanto existe um entendimento quase unânime pela aplicação da prova ilícita *pro reo*, não há a mesma situação quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da prova ilícita *pro societate*.

Alguns doutrinadores como Fernandes (2002) defendem a aplicação da prova ilícita *pro societate*. O autor cita em sua obra o exemplo de uma tentativa de fuga de uma penitenciária, a qual fora frustrada em virtude da descoberta do plano a partir da violação das correspondências dos prisioneiros. A carta continha informações de como seria o *modus operandi*, inclusive o plano do grupo de

sequestrar um juiz.

A defesa dos presos contestou em juízo a admissibilidade das provas as quais teriam sido obtidas de forma ilícita, a partir da violação de correspondências dos encarcerados pela administração da penitenciária, considerando que a Constituição Federal de 1988 assegurou no art. 5º, XII, o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo da correspondência.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal que decidiu pela admissibilidade da prova colhida em disposição contrária ao direito da inviolabilidade das comunicações. No caso concreto, o STF entendeu que a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações poderia ser relativizada excepcionalmente, desde que as razões estejam sedimentadas no interesse da segurança pública e na preservação da ordem pública.

*HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.* - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210 /84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de *habeas corpus*. (STF, 1ª Turma, HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994).

Em outro julgado, em apreciação ao HC N.3982/RJ, sob a relatoria do Ministro Adhemar Maciel, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou favoravelmente à utilização de prova obtida ilicitamente em favorecimento à acusação, aplicando a proporcionalidade *pro societate*:

Constitucional e Processual Penal. '*Habeas Corpus*'. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da

Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (STJ, HC n. 3.982/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26/02/1996).

Na decisão do STJ, o Ministro não considerou a inadmissibilidade da prova ilícita como uma regra absoluta, posicionando-se em sentido contrário do entendimento majoritário da doutrina e da própria jurisprudência dos Tribunais superiores ao julgar pela validade da prova favoravelmente à acusação e denegando pedido de trancamento da ação penal.

Para Lima (2014, p. 607), a partir da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores, não é possível concluir sobre a aplicação da tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. Para o autor:

[...] prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. (LIMA, 2014, p. 607).

A proporcionalidade aplicada à admissibilidade das provas ilícitas na relação processual está relacionada à utilização de tais provas desde que em situações extremamente graves e de maneira excepcional, assentando-se no princípio do equilíbrio entre os valores constitucionais antinômicos, notadamente em situações que venham a favorecer o acusado. A utilização irrestrita da prova ilícita *pro societate* pode configurar em autorização para o Estado agir como bem entender e violar direitos e garantias fundamentais quando lhe for conveniente.

### 3 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Todo cidadão tem o direito assegurado pela Constituição brasileira de não ter o seu domicílio violado por quem quer que seja, incluindo-se no rol o próprio Estado. O dispositivo constitucional visa à proteção da moradia considerada em seu sentido mais estreito, assim como da própria intimidade.

O direito à inviolabilidade de domicílio garante segurança às pessoas que não estarão à mercê de abusos de quaisquer pessoas e de medidas arbitrárias dos agentes estatais.

Embora seja um direito constitucionalmente previsto, não se reveste de caráter absoluto e, como vários outros constitucionalmente previstos, possui limites ao seu exercício. Limitações estas previstas na própria Constituição e na legislação infraconstitucional.

Neste capítulo falar-se-á sobre o princípio da inviolabilidade de domicílio enquanto princípio constitucional e as possibilidades legais de mitigação do direito, ressaltando as situações previstas em casos de crimes considerados de conduta permanente.

#### 3.1 Inviolabilidade de domicílio como direito fundamental

A Constituição Federal assegurou a inviolabilidade domiciliar ao dispor no art. 5º, XI, 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.”

Está inserido no rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais” e nessa qualidade possui eficácia imediata, submetendo todas as pessoas e especialmente os agentes públicos ao seu cumprimento.

O direito à inviolabilidade de domicílio reveste-se de caráter fundamental e como tal não pode ser violado sem que haja uma justificativa legal para isso.

De acordo com Dimoulis e Martins (2009, p. 47) os direitos fundamentais são:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Conforme Marmelstein (2009, p. 20), direito fundamental vem a ser:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

De acordo com Araújo e Júnior (2014, p. 153) “os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões.”

A compreensão normativa dos direitos fundamentais se inicia concomitantemente com a consolidação dos pilares do Estado Democrático de Direito, no mesmo momento quando foram criados os mecanismos jurídicos que favoreciam a participação popular na tomada das decisões políticas, aliados ao desenvolvimento de mecanismos de controle e limitação do poder estatal.

Um direito considerado fundamental na Constituição goza de força normativa que se constitui em uma característica importante para que se possa alcançar a máxima efetivação do direito. A essência dos direitos fundamentais está na proibição imediata de interferência imposta ao Estado, ou na limitação a atuação deste.

Por força normativa do art. 5º, § 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, não precisam de regulamentação para serem efetivadas, sendo vinculantes e plenamente exigíveis. Por sua vez o art. 60, § 4º, inciso IV, dispõe que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas não podendo ser abolidas nem modificadas.

Ao considerar o direito à inviolabilidade de domicílio como direito fundamental, o Constituinte busca proteger um dos princípios básicos do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Também está inserido na proteção legal a intimidade e a privacidade dos indivíduos.

### **3.2 A relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos**

Os direitos e garantias individuais e coletivos não se revestem de caráter absoluto, encontrando seus limites nos demais direitos igualmente definidos na Constituição Federal.

Cada direito fundamental possui seu limite exatamente onde termina seu alcance material. Conforme Ferrari (2011) os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva que fazem com que não sejam absolutos e ilimitados. Sob a óptica subjetiva, não são absolutos porque não cabe ao titular do direito posto estabelecer o âmbito de satisfação conforme o seu interesse, e objetivamente porque ao serem previstos na Constituição, estão de tal forma incorporados na comunidade e ligados à ideia de responsabilidade.

Os direitos fundamentais positivados constitucionalmente mantêm entre si e com outras normas constitucionais uma relação harmoniosa, contudo por vezes surgirão momentos de tensionamento entre eles que exigirão do Estado uma resolução.

Caso haja conflitos entre eles, será necessário haver o sopesamento de um sobre o outro a fim de decidir por aquele que melhor se adequa ao caso concreto.

Moraes (2001, p. 59) entende que:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Para Marmelstein (2009) o que se deve buscar é a máxima otimização da norma. O agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

O Supremo Tribunal Federal também possui entendimento de que não há direitos com caráter absoluto, conforme jurisprudência originada no julgamento de recurso de Mandado de Segurança: STF, Pleno, MS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das

liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Há que se fazer uma reflexão sobre a questão ora exposta. Dizer que os direitos fundamentais não são absolutos não quer dizer que as proteções constitucionais sejam frágeis e que os direitos serão mitigados sempre que o Estado, sob a argumentação de resguardar o interesse público, assim o desejar.

A regra é sempre pela observância e respeito aos direitos fundamentais, porém, surgirão situações que a limitação a determinado direito fundamental será necessária.

A própria Constituição Federal estabelece a possibilidade de limitação do exercício de direitos considerados fundamentais quando permite de forma expressa a restrição do conteúdo de direito fundamental por meio de lei, e assim o faz porque ao cidadão não é lícito impor a sua vontade sobre o outro e nem se valer dos direitos a ele garantidos para se eximir de responsabilização civil e/ou penal.

É certo que se faz necessário um rigor especial em toda e qualquer possibilidade de afastamento de um direito fundamental a fim de se evitar abusos. Marmelstein (2009) entende que qualquer limitação a direitos humanos deve ser vista com cautela e, por isso mesmo, deve passar por uma análise constitucional mais consistente.

Nos casos em que ocorra colisão ou concorrência de direitos fundamentais existem mecanismos passíveis de aplicação para a solução do conflito, dentre eles a interpretação sistemática da Constituição, que segundo Dimoulis e Martins (2009, p. 155) vem a ser a interpretação da Constituição “enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o Constituinte mesmo estabeleceu” e, o princípio da proporcionalidade, que sob este prisma dos direitos fundamentais terá aplicação na relação entre o cidadão e o Estado, principalmente no que concerne a resolução de conflitos entre os particulares.

Bonavides (2015, p. 444) expõe que:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade

permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais.

Por meio da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de determinadas medidas, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

### **3.3 Domicílio sob a óptica constitucional**

A Constituição Federal garantiu o direito ao cidadão de não ter o seu domicílio violado. Contudo, o Constituinte não utilizou o termo “domicílio” na definição legal do direito, ao invés, preferiu usar o vocábulo “casa”. Em uma interpretação mais extensiva quis ampliar o conceito e o alcance da norma constitucional.

No ordenamento jurídico pátrio existem conceituações diferenciadas para domicílio. No Direito Civil, consoante o Código Civil, o domicílio pode ser o lugar onde a pessoa natural estabelece sua residência com ânimo definitivo, ou o lugar onde ela exerça a sua profissão, ou também o lugar onde ela possa ser encontrada quando não possuir residência habitual.

Para o Direito Eleitoral, conforme entendimento do TSE, o conceito de domicílio não se confunde com o do direito comum, regido pelo Direito Civil. Mais maleável e amplo, identifica-se com a residência e o lugar onde o interessado tem vínculos políticos, sociais e econômicos.

No Direito Constitucional o domicílio ou “casa”, como preferiu dispor o Constituinte, possui uma dimensão de proteção mais ampla resguardando não a propriedade em si, mas o respeito à sua personalidade.

O Constituinte ao adotar o termo “casa”, a partir de uma interpretação extensiva, está se referindo não somente ao local de moradia, mas a qualquer espaço delimitado, imóvel ou não, ocupado por alguém com exclusividade, mesmo sem caráter definitivo ou habitual. Desta forma, poder-se-á considerar “casa” não somente a residência, mas todo local delimitado e separado que a pessoa possa ocupar, inclusive profissionalmente, desde que seja um ambiente fechado e restrito ao público. Nessa visão constitucional, pode ser citado como exemplo de domicílio,

a casa de morada e suas dependências, o imóvel ocasionalmente utilizado, casas de veraneio, quartos de pousada e de hotéis, escritórios profissionais, tais como, escritório de contabilidade, advocacia, médico ou odontológico, entre outros.

A jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal é pela aplicação do conceito amplo de domicílio, existindo vários julgados neste sentido, como exemplo, o *Habeas Corpus* 82.788-8, julgado em 12.04.2005, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO.

[...]

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (‘invito domino’), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade(STF).

- O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do ‘*privilège du préalable*’, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária.

A Constituição Federal ao conceituar “casa” de forma extensiva buscou ampliar o direito do cidadão e, ao mesmo tempo, limitar as possibilidades de violação do direito. Sendo pacífico na doutrina e na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o conceito normativo de casa se revela abrangente e que ninguém, muito menos o Estado e seus agentes, podem ingressar em domicílio de qualquer cidadão, sem ordem judicial ou sem o consentimento de seu titular, a não ser nos casos em que a lei autorize.

### **3.4 Definição jurídico-penal de domicílio**

Conforme o art. 150 do Código Penal brasileiro caso alguém entre ou permaneça, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências, estará incorrendo em crime e estará sujeita a pena de um a três meses de detenção ou aplicação de multa.

O bem jurídico protegido é a liberdade individual na sua expressão mais elementar, que é a inviolabilidade domiciliar.

Conforme Bitencourt (2013, p. 452) “a criminalização da violação de domicílio objetiva proteger a moradia, isto é, o lugar que o indivíduo 'escolheu' para a sua morada, para o repouso e de sua família.”

A definição de domicílio possui variações conforme o sentido analisado. Assim, o conceito de domicílio para o Direito Civil é diferente do Direito Eleitoral que, por sua vez, diverge do Constitucional. Para o Direito Penal, domicílio é a casa de moradia, no dizer Bitencourt (2013, p. 453), “o local reservado à intimidade do indivíduo ou à sua atividade privada, coincidindo ou não com a definição de domicílio civil.”

Para efeitos penais o termo “domicílio” é utilizado com sentido equivalente a “casa”. Nesse sentido, o legislador penal estabeleceu o sentido de “casa” no art.150, §4º, da seguinte forma:

Art.150 [...]

§ 4º. A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Quando o legislador diz que “casa” compreende qualquer compartimento habitado, ele não se referiu apenas a um local imóvel, podendo ser também qualquer instalação móvel, como barco, trailer, abrigo, entre outros. Conforme Greco (2010) a qualidade do termo “habitado” é que gera repercussão no direito penal para efeitos de proteção legal do domicílio. Violar o local onde uma pessoa faz moradia é invadir a sua privacidade e a sua intimidade.

Quanto a compreensão de “casa” como aposento ocupado de habitação coletiva, vem a ser, por exemplo, um quarto de hotel. É sabido que locais frequentados por muitas pessoas e na maioria das vezes de forma transitória, tais como pousadas, hotéis, motéis, pensionatos, não se enquadram na proteção legal do direito penal da inviolabilidade de domicílio. Entretanto, o compartimento nesses locais onde a pessoa utilizará como moradia recebe a proteção legal pela inviolabilidade constitucional, por que esse cômodo será para efeitos legais a sua “casa”.

No que diz respeito a previsão legal de “casa” como todo compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, deve ser entendido como o lugar em que a pessoa desenvolve suas atividades laborais. Tais como escritórios de advocacia, contabilidade, consultórios médicos, etc.

O legislador penal entendeu por bem deixar claro o que não está incluso no conceito de casa, para isso descreve no § 5º, do art. 150, CPB, que não se compreendem na expressão “casa” a (I) hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, e (II) taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

A interpretação da disposição legal é simples e de fácil entendimento, basta ter em mente que nesses locais, enquanto permanecerem abertos e na parte que for acessível a todos não podem ser objeto material do crime de violação de domicílio, *a contrario sensu*, o quarto ocupado, as dependências utilizadas para serviços, constituirão objeto de proteção constitucional, mesmo entendimento para a situação em que os estabelecimentos já estiverem fechados para o público. Quanto a taverna, casa de jogo e similares, não há restrição quanto à entrada de pessoas, sendo franqueada a entrada, não gozando, pois, da proteção da inviolabilidade domiciliar.

### 3.5 Causas de exclusão de ilicitude

Os direitos fundamentais constitucionalmente previstos gozam na sua maioria de eficácia imediata e submetem todos os cidadãos, inclusive o Estado e seus agentes, à observância de seus preceitos.

Acontece que não há direitos absolutos incluídos neste rol os direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito constitucional à inviolabilidade de domicílio possui restrições legalmente previstas inclusive pelo poder Constituinte.

São situações legalmente previstas que afastam a ilicitude da ação que, a priori, seria ilícita, e portanto, passível de sanção, mas que por força da disposição legal passam a ser consideradas lícitas, não havendo a responsabilização do agente.

As excludentes de ilicitude para o crime de violação de domicílio são as previstas no §3º, do art. 150, do CPB, na parte geral do Código Penal e as previstas no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

As exceções especificadas no artigo 150 do CP, também chamadas de especiais, autorizam a entrada em uma “casa” mesmo contra a vontade do morador nas seguintes hipóteses:

Art. 150 [...]

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

As circunstâncias descritas acima afastam a ilicitude do fato, e em não constituindo crime, não há responsabilização penal para a pessoa que realizou a ação.

A entrada em casa alheia, mesmo sem o consentimento de quem de direito, não constituirá crime se o ingresso ocorrer durante o dia e for para efetuar prisão ou outra diligência necessária, desde que obedecidas às formalidades legais, conforme o que está disposto no Código de Processo Penal. Saliente-se que o legislador destacou que é necessária a observância das formalidades legais para que a violação domiciliar possa ser considerada lícita. Em outras palavras, será necessário haver uma determinação judicial autorizando o ingresso na casa para a

satisfação da previsão legal e que essa seja cumprida dentro da lei.

Acrescente-se que mesmo de posse do mandado judicial o legislador não autorizou o ingresso na casa durante o período noturno pelas autoridades e seus agentes, devendo estes, aguardarem o alvorecer para o cumprimento do mandado.

De acordo com a legislação penal, o ingresso no domicílio sem consentimento do morador e sem mandado judicial, seja dia ou noite, poderá ocorrer nos casos em que for necessária a prestação de socorro ou se estiver cometendo algum crime no interior da residência, nessa hipótese, encontram-se inclusos os crimes considerados de natureza permanente, os quais a sua prática só é interrompida quando cessada a permanência, como por exemplo, o crime de tráfico de drogas e o porte ilegal de arma.

A parte geral do Código Penal traz no artigo 23 as situações que para efeitos legais são consideradas também como excludentes de ilicitude, as quais se aplicam a qualquer tipo penal e também ao da invasão de domicílio:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Destaque-se a primeira parte do inciso III que se refere ao estrito cumprimento do dever legal. Os agentes de segurança pública (notadamente policiais militares e civis) possuem o dever legal de prender quem esteja cometendo algum delito, e, não rara às vezes, ingressam em casas sem mandado judicial, sob o argumento de que as circunstâncias indicavam que no interior da residência estaria sendo cometido um ilícito penal. Situação corriqueira na labuta diária do policial, e relacionada principalmente ao tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo.

Quanto a excludente constitucional, temos que a Constituição Federal permitiu o ingresso na “casa”, mesmo sem o consentimento do morador, sem que venha a configurar crime de violação de domicílio pelo particular ou agente público, quer seja no período diurno ou noturno, nos casos de flagrante delito ou desastre, quando necessária para a prestação de socorro, e durante o dia somente por determinação judicial.

Desta forma, as situações previstas pelo Código Penal e pela Constituição funcionam como ações limitadoras ao exercício pleno do direito à inviolabilidade de domicílio pelo titular do direito, e ao mesmo tempo tem a função de

legitimar a ação quer seja do particular quer seja do agente público que *a priori* cometeu a violação do tipo penal.

### 3.6 Inviolabilidade de domicílio e flagrante delito

A Constituição Federal ao mesmo tempo em que garantiu a inviolabilidade de domicílio estabeleceu situações de excepcionalidade, demonstrando que o direito, embora fundamental, não possui caráter absoluto.

A previsão constitucional de ingresso no domicílio sem o consentimento do morador poderá ocorrer em situações de desastre, prestação de socorro ou em decorrência de determinação judicial, além destas existe a possibilidade legal de mitigação do direito nas situações decorrentes de flagrante delito.

No que diz respeito ao flagrante delito a Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXI, diz que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Do dispositivo constitucional citado, deduz-se, pois, que a prisão em flagrante é a única maneira de alguém ser preso sem o devido mandado judicial.

Conforme Greco (2014) a palavra “flagrante” é derivada do vocábulo latino *flagrans, flagrantis*, e remonta ao verbo latino *flagare*. Significando ardente, evidente, manifesto, patente, que está a crepitar. Diz-se do ato incontestado, evidente e notório, em cuja prática a pessoa é surpreendida no momento que comete um ato.

Segundo Mirabete (1997, p. 370) flagrante em seu sentido jurídico vem a ser:

[...] uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto-defesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Assim, por situação de “flagrante delito” pode-se entender como sendo a oportunidade em que se observa a prática de um delito no exato momento de sua perpetração, motivando, no próprio instante, a necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica ameaçada ou violada pelo fato delituoso. Trata-se da ardência do crime, ou ainda da certeza visual do crime.

A visibilidade seria, portanto, um requisito fundamental para a caracterização do flagrante delito. Nesse sentido, afirma Carnelutti:

Flagrante é o delito enquanto constitui prova de si mesmo, e não a qualidade do 'delito cometido atualmente'. De outra forma, todo delito seria flagrante, uma vez que qualquer infração penal tem sua atualidade. Mas o flagrante, não é atualidade, e sim visibilidade do delito. (CARNELUTTI, 1950, p. 55 *apud* MARQUES, 2000, p. 71).

Para Lopes Jr. (2014) a certeza visual da prática do crime origina uma obrigatoriedade para os órgãos estatais e uma possibilidade para os particulares, no sentido de agir para evitar a continuidade da prática da infração penal.

A partir do entendimento do significado da expressão flagrante delito, pode-se deduzir que a prisão em flagrante vem a ser o ato de interrupção de uma prática criminosa no exato instante em que está sendo cometida ou imediatamente após culminando com a prisão do agente infrator.

Capez (2012, p. 314) considera a prisão em flagrante como uma “[...] medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo ou logo após cometer um crime ou uma contravenção.”

Lopes Jr. (2014) não atribui à prisão em flagrante natureza de cautelar processual:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES JR., 2014, p. 824).

Para Lima (2014, p. 859) a prisão em flagrante de delito pode ser definida como “[...] uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial [...].”

O entendimento de que a situação de flagrante delito se concretiza no momento da visualização do cometimento da infração penal passou a ter novas vertentes com a redação do art. 302 do Código de Processo Penal (CPP).

A legislação processual penal estabeleceu algumas situações ao flagrante delito que em uma análise mais criteriosa não estaria abrangida em uma condição

de imediatidade, ou seja, não se poderia falar em ardência, crepitação, fato patente ou incontestado.

A matéria vem disposta no artigo 302 do Código de Processo Penal com a seguinte redação:

Art. 302. 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.

A partir da disposição legal a doutrina classificou o flagrante delito em: flagrante próprio, impróprio e presumido.

Há configuração do flagrante próprio nas circunstâncias previstas nos incisos I e II do art. 302. Na hipótese do inciso I, o infrator é flagrado no exato momento em que está cometendo o fato delituoso. Nesse caso, ainda pode haver a possibilidade de interrupção da ação, evitando-se o resultado e passando a existir o crime na forma tentada. Na hipótese do inciso II, o crime já foi cometido e o lapso temporal entre o cometimento do crime e a prisão do infrator é o mínimo possível.

O flagrante impróprio ocorre na situação do inciso III do art. 302, na qual a pessoa é perseguida logo após a ocorrência do fato criminoso em circunstâncias que se faça presumir ser ela a autora da infração penal. A expressão "logo após" compreende o espaço de tempo que transcorrer para que a polícia chegue ao local, providencie a colheita de provas da infração e dê início à perseguição do autor.

Por fim, teremos o flagrante presumido na situação do inciso IV do art. 302, qual seja, mesmo não havendo o flagrante propriamente dito do crime e tampouco a perseguição do infrator, o agente é localizado, logo depois, com utensílios que façam supor ser ele o autor da infração. O lapso temporal entre a conduta ilícita e a prisão do infrator não possui relação de imediatidade, havendo uma flexibilidade no tempo decorrido entre o crime e a prisão, diferentemente do que ocorre no flagrante próprio.

Da análise do referido diploma legal, observa-se que as disposições constantes nos incisos I e II, são as que realmente se amoldam ao conceito etimológico do vocábulo flagrante. Nelas o crime ainda "queima", ou seja, está sendo cometido ou acaba de sê-lo. A infração penal se mostra evidente e manifesta.

As hipóteses elencadas nos incisos III e IV apesar de não estarem intimamente abrangidas pela definição etimológica da expressão flagrante foram inseridas na legislação infraconstitucional, e em razão disso deve ser observada.

Constata-se que o flagrante próprio é uma das situações previstas no Código de Processo Penal, e é a partir da sua compreensão que é possível identificar no ordenamento jurídico a permissividade para o ingresso no domicílio por agentes do Estado, mesmo sem mandado judicial, na hipótese da pessoa está cometendo uma ação tipificada como crime de natureza permanente.

### **3.6.1 Inviolabilidade de domicílio e crime permanente**

Conforme o artigo 303 do Código de Processo Penal o sujeito estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, podendo ser preso imediatamente.

Segundo Capez (2011, p. 288) o crime permanente vem a ser aquele em que “o momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o sequestro (art. 148 do CP).”

Para Bitencourt (2004, p. 194) permanente “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro).”

Sobre o crime de natureza permanente Greco (2014, p. 27) explica que “enquanto durar a permanência, é como se o delito estivesse sendo cometido a cada instante, razão pela qual o flagrante poderá ser levado a efeito, sendo considerado, ainda próprio.”

Dessa forma, partindo da análise doutrinária, pode-se considerar a existência de crime permanente quando a conduta criminosa se consuma e se prolonga no tempo por vontade do agente, até que seja interrompida por desejo do próprio autor. Acrescente-se também a hipótese de interrupção da permanência ocorrer por fatores externos, a partir da intervenção das forças públicas de segurança ou até mesmo de um particular.

Crime permanente para Lima (2014, p. 871) vem a ser:

[...] aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protraí-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado

antijurídico por ele realizado, ou seja, é o delito cuja consumação se prolonga no tempo.

A legislação brasileira considera algumas condutas criminosas como crimes permanentes, como por exemplo, o crime de cárcere privado, sequestro, redução à condição análoga de escravo, tráfico ilícito de drogas, porte ilegal de armas.

Do estudo do art. 303 do CPP, extrai-se que a prisão em flagrante nos crimes permanentes poderá ser realizada a qualquer tempo, inclusive com o ingresso no domicílio do infrator sem o devido mandado judicial. Contudo, nesta hipótese é importante o agente policial se certificar de que realmente no interior da residência esteja ocorrendo um crime de natureza permanente, ou seja, a situação de flagrância seja real e atual.

A doutrina de Alencar e Távora (2009) exemplifica o tema com a situação hipotética de um caso em que um traficante estoca substância entorpecente ilícita em sua casa. Nessa hipótese, estará caracterizado em situação de permanência o crime de tráfico de drogas, logo, é admitida a violação do domicílio para a realização da prisão em flagrante.

Sobre o crime de tráfico de drogas tem-se que é considerado um crime plurinuclear ou de ação múltipla, uma vez que o tipo objetivo do caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é composto por dezoito tipos verbais, dessa forma, o legislador previu dezoito maneiras possíveis para a caracterização da figura típica penal.

O crime de tráfico de drogas é considerado crime permanente quando praticado sob a modalidade “guardar, ter em depósito, trazer consigo e expor à venda”. Em razão disso, enquanto a conduta não for interrompida haverá a prática criminosa e a pessoa poderá ser presa em flagrante delito, sendo lícita a intervenção policial que venha a ingressar no domicílio, mesmo sem mandado judicial, para fazer cessar o crime e prender em flagrante o agente infrator.

É comum a existência de demandas judiciais alegando ilegalidade na prisão em decorrência do ingresso no domicílio, sem o respectivo mandado judicial de busca e apreensão, principalmente nas situações que envolvem os crimes de porte ilegal de armas de fogo e de tráfico ilícito de drogas, contudo o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário é pela inadmissibilidade da demanda, uma vez que a própria constituição autoriza a entrada de maneira excepcional.

## **4 ADMISSIBILIDADE DA PROVA DIANTE DA INVASÃO DE DOMICÍLIO À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO STF**

Existe quase um consenso na doutrina e jurisprudência quanto à permissividade do ingresso no domicílio sem o devido mandado de busca e apreensão em casos em que a Constituição e a legislação infraconstitucional estabeleceram no ordenamento jurídico como legítimas, como, por exemplo, nas situações de flagrante delito por crime permanente.

Contudo, ultimamente, alguns juízes estão se posicionando nos julgados em sentido contrário ao entendimento corrente, e considerando provas obtidas a partir do ingresso no domicílio sem mandado judicial como ilícitas mesmo em situações que a doutrina e jurisprudência consideram legítimas como é no caso dos crimes permanentes.

### **4.1 Entendimentos doutrinários**

É sabido que a inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, contudo, o próprio texto constitucional ressalta que tais direitos não são absolutos. Dessa forma, a regra é pela não violação do domicílio, porém, haverá situações em que poderá ocorrer a restrição ao princípio da inviolabilidade domiciliar.

A Constituição ao mesmo tempo em que garantiu a proteção ao domicílio também trouxe a possibilidade de ruptura do direito ao elencar hipóteses que consistem na prática em verdadeira mitigação ao princípio fundamental.

Deve-se ter sempre em mente que se trata de medidas excepcionais e que só podem ser arguidas quando for realmente necessária. O Constituinte especificou que uma das situações legais que justificam a quebra momentânea da garantia fundamental do direito à inviolabilidade de domicílio é a que decorre da situação de flagrante delito.

Sobre o assunto, Lopes Jr. (2014, p. 831-832) escreve:

O crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar [...]. Isso porque, como já explicamos, enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar et.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial [...].

Távora e Alencar (2009) corroboram com a quase unanimidade da doutrina de que o crime permanente preenche o requisito constitucional autorizador do ingresso no domicílio sem mandado judicial. Contudo, ressaltam que caso ocorra a violação e não reste comprovada a prática ilícita poderá haver a configuração do crime de abuso de autoridade na modalidade de invasão de domicílio prevista na alínea b, do art. 3º, da Lei n. 4898/1965.

Já no entendimento de Greco (2014) a invasão ao domicílio praticado por um agente público nas situações de flagrante delito não pode constituir crime, pois o agente estará agindo sob o estrito cumprimento do dever legal. Mesmo na hipótese de ocorrer o ingresso na residência sem a certeza do flagrante, ou seja, apenas sob a mera suspeição de ocorrência de crime, e diante da constatação de que nenhuma infração penal estava sendo cometido, mesmo assim, deve-se analisar a ação sob a óptica das discriminantes putativas, considerando a ação legítima caso o agente não tenha incorrido em erro grosseiro.

Do contrário, se seu erro não for grosseiro, mas sim escusável, inevitável, será aplicada a regra constante do art. 20, §1º, do Código Penal, que aduz ser isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Nessa hipótese, o policial seria considerado como isento de pena, alegando-se, em seu favor, o estrito cumprimento do dever legal putativo.(GRECO, 2014, p. 216)

Considerando a premissa disposta pelo autor, de qualquer modo não poderia haver punição para o agente do Estado que violasse um domicílio, pois a partir do que se depreende da análise do art. 20, §1º, do Código Penal, a punição do agente seria possível desde que o fato também fosse previsto como crime culposos. Acontece que não existe a modalidade de invasão de domicílio na modalidade culposa, então, conforme a visão do autor não poderia haver a responsabilização do agente de forma alguma.

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.  
§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Em outro momento, Greco (2014) se posiciona contra o ingresso no domicílio e a realização de busca domiciliar quando não houver uma fundada razão que justifique o ato.

Entendemos que, por se tratar de uma medida extrema, a busca domiciliar somente poderá ser levada a efeito, como determina o § 1º do art. 240 do Código Penal, quando houverem *fundadas razões* que a autorizem, não se amoldando a esse conceito a simples notícia de uma infração penal, ou mesmo da autoria de um delito, fornecida anonimamente através do disque-denúncia, pois, conforme assevera a primeira parte do inciso XI do art. 5º da Constituição federal, *a casa é o asilo inviolável do homem*. (GRECO, 2014, p. 193, grifo do autor).

O autor acaba entrando em contradição ao considerar em um segundo momento que não basta qualquer notícia sobre o cometimento de crime para justificar o ingresso no domicílio, devendo, pois, haver elementos suficientemente fortes de convicção para justificar o ingresso e a conseqüente busca domiciliar.

Desse modo, a entrada na casa sem elementos razoáveis que a justifique poderá acarretar em prejuízo para o processo e responsabilidade para o agente. Nesse sentido, parece razoável o questionamento de como considerar a prisão por tráfico de drogas ou porte ilegal de arma resultante da entrada em uma residência por policiais militares levada à cabo a partir de uma denúncia anônima e sem a visibilidade do delito.

Outro doutrinador que defende a legalidade da prisão em flagrante realizada a partir do ingresso forçado no domicílio é Eugênio Pacelli de Oliveira:

Ao abordarmos o tema da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, tentamos pôr em relevo a afetação de certos direitos que ocorre justamente no momento da obtenção da prova. Realçamos o risco, sempre frequente, por ocasião da busca de provas criminosas, de serem atingidos os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e outros, seja por meio da violação de domicílio, de correspondências, de comunicações telefônicas, seja por quaisquer outros métodos. A ilicitude localiza-se, portanto, na violação de direitos. A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito. E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo está autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo. Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo, o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito). À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na

medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo). Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um dos seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional. (OLIVEIRA, 2012, p. 361-362).

Do ponto de vista do autor, se em determinada residência estiver sendo cometido um crime, o lugar estará passivo de ser invadido por qualquer pessoa e pelas forças de segurança do Estado, e o proprietário ou quem estiver em seu interior não poderá alegar o direito à inviolabilidade de domicílio em sua defesa. Afinal, a Constituição limita os direitos fundamentais quando outros direitos estiverem sendo ameaçados. O que se extrai desse posicionamento é que independentemente dos meios aplicados o que realmente importa é o fim alcançado, de outro modo, não importa se há a certeza de crime, ou visibilidade da situação de flagrante, havendo o ingresso e a caracterização do ilícito penal a prisão é considerada plenamente lícita, assim como as provas obtidas.

Observa-se que nenhum autor leva em consideração os fatores e as circunstâncias que desencadearam o ingresso das forças estaduais na residência, considerando legítimas quaisquer razões invocadas para as ações. Também pouco se fala sobre a investida frustrada na casa. Reportam-se apenas ao fato específico da prisão realizada e das previsões constitucionais de exceção ao princípio da inviolabilidade de domicílio.

Como dito, a posição corrente na doutrina é pela plena legalidade de eventual prisão resultante do ingresso no domicílio, sem mandado judicial e, conseqüentemente, pela licitude das provas obtidas independentemente das razões que nortearam os agentes estatais a optarem pela entrada forçada na residência.

Entre os doutrinadores que se posicionam contra essa aceitação irrestrita é Nicolitt (2013). De acordo com o autor existe uma confusão por parte dos órgãos julgadores no entendimento dos termos “estar cometendo um crime” com “uma situação de flagrante” propriamente dita. Partindo da premissa de que flagrante pressupõe a visibilidade do crime, não existirá flagrante se não houver a mínima percepção por parte do agente.

*Quando se ingressa em uma residência sem o mínimo de visibilidade do delito, há a violação do domicílio e a superveniente apreensão de droga passa a ser ilícita por força dos incisos XI e LVI do art. 5º da Constituição e*

*do art. 157 do CPP. O que autoriza o ingresso no domicílio é a percepção do cometimento do crime (flagrante) e não o simples cometimento sem que ninguém perceba pelos sentidos. (NICOLITT, 2013, p. 447, grifo do autor).*

É uma situação comum na labuta policial o recebimento de denúncias anônimas sobre eventuais esconderijos de drogas e armas. Em muitas ocasiões, os policiais usam tais denúncias como argumento para justificar a entrada na casa, não havendo uma apuração mais criteriosa sobre o conteúdo da denúncia.

Fazendo um paralelo entre um mandado de busca e apreensão, Nicolitt (2014, p. 447) faz uma crítica a valorização exacerbada das denúncias anônimas ao escrever em sua obra que “[...] uma simples denúncia anônima, geralmente sem qualquer prova de sua efetiva ocorrência, segundo uma corrente jurisprudencial é capaz de autorizar o ingresso á noite em domicílio alheio.”

O autor direcionada sua crítica ao judiciário que, em sua maioria, credita legalidade às prisões decorrentes da violação do domicílio a qualquer hora do dia e da noite sem o amparo judicial formal, baseadas apenas em argumentações da existência de crime permanente. Os magistrados na maior parte dos casos não fazem uma avaliação mais profunda dos motivos utilizados pelos agentes estatais para justificar as suas ações.

Diante do exposto, a entrada forçada no domicílio sob a alegação de crime permanente deve ser procedida em obediência aos dispositivos legais, constitucionais e em consonância com o significado jurídico de flagrante delito. A doutrina dominante não considera ilegal a prisão decorrente de violação nem considera qualquer responsabilização aos agentes, entretanto há quem julgue tal conduta ilegal e considera os agentes passíveis de serem penalizados pela conduta.

## **4.2 Entendimentos dos tribunais**

As decisões judiciais em nosso País são no sentido de que as prisões em flagrante delito decorrentes das situações de crime permanente são totalmente lícitas independentemente de haver ou não a existência de mandado judicial para o ingresso no domicílio.

Julgados listados abaixo provenientes de alguns Tribunais de Justiça do Brasil, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal confirmam o que foi dito.

Em recente julgado em sede de apelação do Tribunal de Justiça do Ceará, no qual foi apreciada a ação de policiais militares, que a partir de denúncia anônima, adentraram na residência e fizeram a prisão em flagrante de uma pessoa por tráfico de drogas, o Desembargador julgou desnecessário o mandado de busca e apreensão e considerou válida a prisão. O principal argumento utilizado por ele, o qual foi seguido pelos demais membros da Corte, foi que o tráfico de drogas é um crime permanente e por tal razão o flagrante pode ocorrer a qualquer momento. Importante ressaltar que não foi feito nenhum juízo de valor sobre a prisão ter ocorrido em decorrência de uma denúncia anônima, considerando-a como uma ferramenta legítima autorizadora para a violação de domicílio.

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. FLAGRANTE DELITO. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS QUE PARTICIPARAM DAS DILIGÊNCIAS. VALIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. APLICAÇÃO DO § 4º DO REFERIDO ARTIGO. PROVIDÊNCIA JÁ EFETIVADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Constituição Federal de 1.988, em seu art. 5º, inciso XI, assegura a inviolabilidade do domicílio, trazendo como exceções, entretanto, as hipóteses de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial. 2. No caso concreto, depois do recebimento de denúncias anônimas, policiais militares adentraram no domicílio do réu, com sua autorização, local onde encontraram, dentro de um vidro, 10 (dez) trouxinhas de maconha e 04 (quatro) pedras de crack, além da quantia de R\$ 104,70 (cento e quatro reais e setenta centavos), em cédulas e moedas. 3. Sendo o tráfico de drogas crime permanente, restou caracterizado o estado de flagrância, permitindo que os agentes públicos entrassem no referido domicílio, independentemente de mandado judicial, a fim de reprimir e fazer cessar a ação delituosa. 4. Nos crimes permanentes, a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a permanência, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal. [...] 9. Apelo desprovido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, em conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, mas para negar-lhe provimento, tudo nos moldes do voto do Relator. (TJ-CE- APL 00028362220118060032/CE, julgado em 30/06/2015, publicado em 01/07/2015).

Em outro julgado, desta vez do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a defesa entrou com recurso pleiteando a nulidade do flagrante em virtude de considerar ilícita a busca e apreensão ocorrida na casa da ré sem mandado judicial, a qual resultou na apreensão de droga e a conseqüente prisão em flagrante delito. O acórdão foi pelo não provimento do recurso por considerar o tráfico de drogas crime permanente e como tal a entrada no domicílio, mesmo que sem autorização judicial,

é lícita, assim como a prisão que dela resultar.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DA RÉ. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ABSOLVIÇÃO FALTA DE PROVAS. DOSIMETRIA. PRELIMINAR REJEITADA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. O crime de tráfico de entorpecentes é de natureza permanente, permanecendo a situação de flagrância enquanto se mantém a posse do objeto ilícito. Assim, o procedimento de busca e apreensão ocorrido na residência da acusada, onde foi apreendida droga do tipo "crack", é legal, ainda que na ausência de mandado expedido pela autoridade judicial. Art. 5º, XI, da Constituição Federal. Precedentes. 2. Se as provas dos autos são coerentes e harmônicas no sentido de que a ré mantinha em depósito, para fins de difusão ilícita, a substância entorpecente apreendida, outra medida não há que a condenação pelo crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. Inviável o pleito absolutório. 3. Preliminar rejeitada. Negado provimento ao recurso da ré. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Acórdão n.835435, 20130111885058APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 20/11/2014, Publicado no DJE: 01/12/2014. Pág.: 128).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui decisões no mesmo sentido.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - SITUAÇÃO DE FLAGRANTE - DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA SE ADENTRAR AO DOMÍLIO DO RÉU - CRIME DEVIDAMENTE COMPROVADO - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E MUNIÇÕES - FATO PRATICADO APÓS O PERÍODO DE ANISTIA - CONDUTA TÍPICA - CONDENAÇÕES MANTIDAS. 1. Por ser o crime de tráfico de drogas um delito permanente, não se faz necessário o mandado de busca e apreensão para se adentrar a residência onde está sendo a ação realizada. Não há falar-se em violação de domicílio. 2. A ocorrência do crime de narcotráfico está comprovada, e, não se desincumbindo o apelante de retirar a sua responsabilidade, impossível a absolvição. 3. É típica a conduta de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e munições, praticada após o período da "abolitio criminis" temporária. Desprovemento ao recurso é medida que se impõe. (TJ-MG - APR: 10460140003845001 MG, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 10/03/2015, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/03/2015).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico pela legalidade da invasão do domicílio, mesmo sem mandado judicial, quando se tratar de flagrante pela prática de conduta criminosa considerada permanente, conforme observa-se em um dos seus julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECEPÇÃO. ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. FLAGRANTE DE CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DEMANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. 1. O paciente foi acusado da prática de delitos de natureza permanente, quais

sejam, tráfico de entorpecentes e receptação na modalidade "ocultar". 2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a apreensão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência. 3. Ordem denegada. (STJ - HC: 188195/DF (2010/0193763-8), Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 27/09/2011, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/10/2011, grifo nosso).

Em outro julgado mais recente o Superior Tribunal de Justiça ratifica no acórdão o entendimento da corte pela desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se tratar de crime permanente, apesar de que pelo que se depreende do acórdão a prisão ter decorrido de denúncia anônima.

*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DO FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. CRIME PERMANENTE. SUPERVENIÊNCIA DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PRESENÇA. NEGATIVA DE AUTORIA E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 3. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. 4. Ademais, eventual ilegalidade do flagrante encontra-se superada, tendo em vista a superveniência de novo título a embasar a custódia cautelar, qual seja, o decreto de prisão preventiva. [...] 8. As circunstâncias em que se deu o flagrante - após denúncias de que o acusado utilizava sua residência como ponto de venda de drogas, comercialização esta que era realizada com o auxílio de um adolescente -, somadas a apreensão de uma balança de precisão e de diversos saquinhos plásticos comumente utilizados para embalar drogas, evidenciam a periculosidade social do acusado e a probabilidade concreta de continuidade no cometimento da referida infração, autorizando a preventiva. [...] 11. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ-HC:322.609/SP (2015/0100511-2), Relator: Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 30/06/2015, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 19/08/2015).

Conforme julgado abaixo, a Suprema Corte também possui entendimento de que o ingresso no domicílio nas situações decorrentes de crimes consideradas de natureza permanente não necessita de mandado judicial, sendo válidas as provas obtidas e as prisões realizadas.

*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.(STF-HC 127457/BA, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 09/06/2015, T2-Segunda Turma, Data de publicação: Dje-128 de 01/07/2015).

Diante das decisões uniformes dos Tribunais estaduais e dos Tribunais superiores, observa-se o entendimento pacífico no sentido de não ser considerada ilegal a violação de domicílio por agentes do Estado para a realização de prisão em flagrante delito no interior da residência, como ocorre nos casos dos crimes permanentes, mesmo que sem a apresentação de ordem judicial. Por via de consequência, as provas produzidas não estão eivadas de ilegalidade.

Entretanto, posições divergentes têm se posicionado contra a aceitação irrestrita e absoluta dos *modus operandi* utilizados pelos agentes públicos para a efetivação do ingresso na residência e a sua aceitação sem reservas pelo judiciário.

#### **4.2.1 Posições divergentes**

Como falado anteriormente, o entendimento pacífico em nossos tribunais é que não existe nenhuma ilegalidade na invasão de domicílio para prender quem estiver cometendo crime permanente. Contudo, recentemente vários julgados vão de encontro ao que é, até então, considerado um posicionamento pacificado.

Os juízes que têm se posicionado contra a legalidade das provas e, conseqüentemente, da prisão. Eles questionam o momento da verificação do flagrante por parte dos agentes estatais, ou seja, colocam em questionamento se

realmente houve a constatação da situação do flagrante para justificar a entrada no domicílio, ou se a entrada foi fortuita e somente após o ingresso é que houve a constatação do ilícito penal.

Como visto, a expressão flagrante se originou do latim e significa evidente, manifesto, patente. A doutrina majoritária, entre eles Mirabete (1997) e Lopes Jr. (2014), entendem que para a caracterização do delito necessário se faz a sua visualização, dessa forma, caso haja a certeza visual do crime é lícita a prisão do infrator, mesmo que para isso seja necessário a violação do domicílio.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem se destacado no País pelas recentes decisões ao considerar ilegal as provas obtidas em decorrência da violação de domicílio, mesmo em casos de crimes permanentes, sem a prévia percepção da situação de flagrante.

No acórdão abaixo, datado de dezembro de 2013, que teve como relator o Desembargador Jayme Weingartner Neto, a Terceira Câmara julgou pela absolvição do réu ao considerar ilícito o ingresso no domicílio e viciadas pela ilicitude inicial as provas obtidas. Em seu voto o relator reconhece que nos crimes permanentes, tal qual o tráfico de drogas, há o constante estado de flagrante, porém ressalta que “não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio.”

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. A inviolabilidade do domicílio é a regra (CF, art. 5º, inc. XI); excepcionalmente, diante de "fundadas razões" (fatos indiciados e delimitados temporalmente), nos termos do § 1º do art. 240 do CPP, o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito. O mínimo que se exige, sob pena de esvaziar a garantia, é que a situação de flagrante seja percebida ex ante pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio. No caso, os policiais avistaram o réu, junto com dois indivíduos, e resolveram abordá-lo, quando então, dois deles adentraram na sua residência. Perseguidos, foram detidos apenas quando já estavam dentro da casa, domicílio do réu. Somente nesse momento, foi feita a revista, quando encontram as buchas de cocaína embaixo da cama. A casa era a moradia do réu, o que foi confirmado por um dos policiais. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, ipso facto, carente de fundamento racional apriorístico e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o

aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional. Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu. "Reformatio in mellius". RECONHECIDA A ILICITUDE DA PROVA, DE OFÍCIO. PREJUDICADO O RECURSO DA ACUSAÇÃO. (TJ-RS - ACR: 70052534104 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 19/12/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2014).

Observa-se que de acordo com a decisão é fundamental a visualização da situação de flagrante antes da entrada de agentes públicos em casa suspeita de ocorrência de crime quando ausente o competente mandado de busca e apreensão. Caso assim não aconteça estarão os agentes agindo em desconformidade com a Constituição e eventuais provas produzidas serão consideradas ilícitas.

Em outro processo, Apelação nº. 70054828090-RS, julgado em maio de 2014, sob a relatoria do Ministro Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, a mesma Terceira Câmara Criminal do TJ-RS, considerou as provas decorrentes da violação do domicílio ilícitas e absolveu a parte ré do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. Inviolabilidade do domicílio. Não restou demonstrada a situação de flagrante delito apta a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Havendo suspeita da prática de delito em algum domicílio/residência é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. A lei não permite atalhos, nesse caso e, somente no caso de haver certeza da prática de ilícito penal é que fica autorizada a exceção do inciso XI do art. 5º da Constituição. O flagrante delito que autoriza o ingresso deve ser indubitado, certo, existente e previamente constatado, mediante gritos ouvidos de pessoas que estão sofrendo violações, ou visualizações feitas, ou, em outros casos, pela identificação de pessoas do exterior que relatam, por escrito, a prática de delito no interior da casa, naquele exato momento. Qualquer coisa em sentido contrário demanda a necessária investigação e obtenção de mandado de busca e apreensão. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição da acusada por ausência de provas da existência do fato. Não fosse suficiente isso não há prova para condenação. A recorrente não se encontrava na residência na ocasião da prisão de Simone, que havia sido denunciada mas foi absolvida. O usuário abordado, que não foi ouvido em juízo, afirmou na fase policial que adquiriu drogas de uma das filhas de Ana. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. (TJ-RS - ACR: 70054828090 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 29/05/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2014).

Ressalte-se que pelos julgados os Ministros da Terceira Câmara entendem que a situação de flagrante delito autorizadora ao ingresso na casa não pode deixar dúvidas, tem de ser certa e constatada previamente. Do Contrário, não será considerada apta a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º,

inciso XI, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, outra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime Nº 70057976219/RS, julgou pela inadmissibilidade das provas constante nos autos, por considerá-las ilícitas, em virtude ilegalidade de sua obtenção.

Os policiais não visualizaram a eventual entrega de entorpecente ao usuário abordado, apenas foram até a casa pela suposta informação por ele fornecida, o que, no entanto, não se comprovou, pois, em juízo, ele nega ter dito aos policiais que adquiriu a droga na residência dos réus, afirmando, inclusive, que sequer os conhecia. As circunstâncias do caso concreto, embora pudessem autorizar a busca domiciliar, para averiguação (caracterizando-se fundadas razões), não serviam, por si só, como indicativos suficientes da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial. ((TJ-RS - ACR: 70057976219 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 29/05/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014).

Nesse mesmo sentido são as decisões na Apelação Crime Nº 70054782008, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/06/2014; Apelação Crime Nº 70053513891, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 09/05/2013; Apelação Crime Nº 70058614199, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 29/05/2014; Apelação Crime Nº 70055565261, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 18/09/2013.

Do exposto, observa-se que a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem firmado entendimento de que não basta a simples conjectura do cometimento de um ilícito penal no interior de uma residência para justificar a entrada dos agentes do Estado, faz-se necessário haver uma fundada razão e que a visualização do crime seja ato anterior à entrada forçada na casa.

Dessa forma, o ingresso no domicílio e a prisão do infrator será uma consequência legítima da certeza do flagrante e não a causa justificadora da ilicitude originária, qual seja, a violação do domicílio. Não se pode considerar legal a entrada no domicílio sem a certeza da configuração do flagrante delito, e nem considerar a localização casual de provas de ilícito penal como ação apta a legitimar um ato inicialmente ilegal.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é onde se verifica o maior número de decisões favoráveis aos réus em casos de invasão do domicílio mesmo nas hipóteses de crimes de caráter permanentes, porém, existem julgados no mesmo sentido proferidos em outros tribunais.

É o que se pode inferir ao analisar a decisão constante no Acórdão referente à Apelação Criminal 2009.050.07372, da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 17 de dezembro de 2009, na qual, por maioria de votos, os Desembargadores deram provimento ao recurso para reconhecer a ilicitude da prova obtida a partir do ingresso sem autorização em um quarto de albergue onde estavam hospedadas as rés. A relatoria ficou a cargo do Desembargador Geraldo Prado que em seu voto expôs que a entrada no domicílio não pode acontecer baseada apenas em “estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia”. Ao contrário, é necessária a demonstração da fundada suspeita de que no interior da casa esteja ocorrendo um crime e que o “ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consuma.” Acrescenta dizendo que:

Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, “encontrasse” à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado.

Entendimento similar é o verificado na Apelação Criminal nº 2013.101202-0 (Juizado Especial Criminal), julgado em 04/07/2013, publicado no Diário da Justiça de Santa Catarina, em 03/09/2013, que teve como julgador o Exmo. Juiz Alexandre Moraes da Rosa.

Em outro julgado, desta feita na Apelação Criminal nº. 0506508-96.2014.8.05.0001- TJBA, Segunda Câmara Criminal-Segunda Turma, sob a relatoria da Desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda, o Ministério Público chamado a se manifestar nos autos se posicionou em favor da nulidade do processo em razão “da falta de justa causa para a ação penal”, em virtude das provas terem sido obtidas em afronta ao princípio da inviolabilidade de domicílio. O Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira através do parecer nº. 3948/2015 se manifestou da seguinte forma:

Compulsando os autos, afere-se que o processo deve ser nulificado a partir do recebimento da denúncia, às fls. 47, por absoluta inexistência de justa causa, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, porquanto a apreensão da droga e das munições supostamente encontradas na residência do apelante ocorreu de forma ilegal, conforme o teor do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, bem como do artigo 5º, XI e LVI, da Constituição Federal, tendo em vista que os policiais não possuíam mandado judicial autorizador da busca domiciliar, nem o consentimento do morador. (Ministério Público do Estado da Bahia, Parecer nº 0506508-96.2014.8.05.0001. Apelação Criminal. Origem: Salvador/BA, Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Segunda Turma. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia, Relatora: Desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda).

O Procurador afirmou ainda que a natureza permanente do crime de tráfico de drogas por si só não justifica a entrada sem autorização no domicílio, mesmo por que tal característica não tem o condão de afastar a obtenção de mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência.

Muito embora a jurisprudência dominante seja pela validade da prisão em flagrante mesmo que decorrente da violação de domicílio, constata-se que existem muitas decisões que vão de encontro a esse posicionamento. Os que se posicionam em sentido diverso da grande maioria partem do pressuposto de que é necessário que reste inconteste a existência do flagrante para justificar a ruptura do princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar.

Na práxis policial, é recorrente a entrada no domicílio sem autorização judicial independentemente da certeza ou não do flagrante, das quais, na maioria das vezes, amparadas apenas em denúncias anônimas. Ressalte-se que nesses casos a localização casual de objetos ilícitos acaba por legitimar toda a ação perante os tribunais.

Essa situação não pode ser considerada legítima pelo direito. Quando há o ingresso no domicílio sem o mínimo de visibilidade da infração penal restará caracterizado a violação do domicílio, e o direito não pode aceitar que a apreensão ocasional de objetos ilícitos, como drogas, armas, munições, tenha o poder de tornar lícita uma ação que nasceu eivada de ilegalidade.

#### **4.3 Limites à violabilidade de domicílio e admissibilidade da prova**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de novembro de 2015, julgou em sede de repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº. 603616/RO que

versava sobre a condenação de um homem pelo crime de tráfico de drogas no Estado de Rondônia. A decisão consta no informativo 806 do STF.

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. Essa a orientação do Plenário, que reconheceu a repercussão geral do tema e, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia, à luz do art. 5º, XI, LV e LVI, da Constituição, a legalidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais sem o devido mandado de busca e apreensão. O acórdão impugnado assentara o caráter permanente do delito de tráfico de drogas e mantivera condenação criminal fundada em busca domiciliar sem a apresentação de mandado de busca e apreensão. A Corte asseverou que o texto constitucional trata da inviolabilidade domiciliar e de suas exceções no art. 5º, XI (“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”). Seriam estabelecidas, portanto, quatro exceções à inviolabilidade: a) flagrante delito; b) desastre; c) prestação de socorro; e d) determinação judicial. A interpretação adotada pelo STF seria no sentido de que, se dentro da casa estivesse ocorrendo um crime permanente, seria viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial. Isso se daria porque, por definição, nos crimes permanentes, haveria um interregno entre a consumação e o exaurimento. Nesse interregno, o crime estaria em curso. Assim, se dentro do local protegido o crime permanente estivesse ocorrendo, o perpetrador estaria cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, seria viável o ingresso forçado no domicílio. Desse modo, por exemplo, no crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33), estando a droga depositada em uma determinada casa, o morador estaria em situação de flagrante delito, sendo passível de prisão em flagrante. Um policial, em razão disso, poderia ingressar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão. Entretanto, seria necessário estabelecer uma interpretação que afirmasse a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, protegesse os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação. Nessa medida, a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa conforme o direito, seria arbitrária. Por outro lado, não seria a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificaria a medida. Ante o que consignado, seria necessário fortalecer o controle “a posteriori”, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida fora adotada mediante justa causa, ou seja, que haveria elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação a autorizar o ingresso forçado em domicílio estaria presente. O modelo probatório, portanto, deveria ser o mesmo da busca e apreensão domiciliar — apresentação de “fundadas razões”, na forma do art. 240, §1º, do CPP —, tratando-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o recurso por entender que não estaria configurado, na espécie, o crime permanente. **RE 603616/RO**, rel. Min. Gilmar Mendes, 4 e 5.11.2015. (RE-603616).

Conforme a ação originária, o recorrente foi preso pela polícia federal em virtude de ter sido encontrado a quantidade aproximada de oito quilos e quinhentos gramas de cocaína dentro de um veículo de sua propriedade que estava

estacionado na garagem da sua residência. Antes, porém, a polícia prendeu o motorista de um caminhão que seria comparsa do recorrente transportando mais de vinte e três quilos de cocaína. O motorista informou o nome de quem repassou a droga e o endereço.

De posse da informação, os policiais federais se dirigiram até o local informado e entraram na residência do recorrente, mesmo sem mandado judicial, vindo a lograr êxito ao localizar mais droga ilícita.

O recorrente foi condenado por tráfico de drogas com base nas provas obtidas, entretanto, a defesa impetrou recurso junto ao Tribunal de Justiça de Rondônia e posteriormente ao STF.

O Ministro relator no STF, Gilmar Mendes, negou provimento ao Recurso afirmando que havia fundadas razões para que os policiais suspeitassem que o recorrente estivesse em situação de flagrante delito quanto ao crime de tráfico de drogas, uma vez que ele e o motorista já estavam sendo investigados por suspeitas de transportar drogas, situação que foi reforçada pela confissão do motorista no momento da prisão. Ressalte-se que o Plenário por maioria acompanhou o voto do relator.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça seja pela validade da entrada no domicílio sem mandado judicial nas situações de flagrante delito, mesmo em período noturno, era necessário se estabelecer uma melhor interpretação “que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação.”

O relator defendeu que a interpretação aplicada até aquele momento deixava larga margem a subjetividade do agente estatal para definir pelo ingresso ou não no domicílio, mesmo sem a certeza da situação de flagrante delito. Dessa forma, o resultado prático ficava ao arbítrio da sorte, e o policial assumia o risco de não ter um resultado positivo e incorrer em crime, pelo menos, em um primeiro momento.

Assim se expressou o Ministro Gilmar Mendes:

Considerado o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art.

150, §2º, do CP. Ou seja, o policial estaria assumindo o risco de perpetrar um crime, salvo se tiver sucesso em sua diligência. Isso dá ao policial um perigoso incentivo. Ou desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio.

O Ministro relator foi mais além na dissertação voto e explanou que “a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida.”

Essa nova interpretação dada pelo Ministro Gilmar Mendes e confirmada pelo Plenário é a que está sendo aplicada por alguns juízes que contrariamente a doutrina e jurisprudência majoritária vigente até então, e passaram a considerar ilícitas as provas obtidas em decorrência da violação de domicílio nas situações em que não há uma certeza do flagrante delito, ou pelo menos, razões suficientemente fortes a justificar o ingresso na residência.

A jurisprudência vigente até então aceita sem nenhum questionamento a prisão em flagrante que decorre de uma violação de domicílio sem o competente mandado de busca e apreensão. Assim, de acordo com esse entendimento, é suficiente a concretização da prisão para afastar qualquer medida de controle pelo judiciário. Como bem disse o Ministro Gilmar Mendes “não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na residência onde a diligência foi realizada.”

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário 603616/RO é de se esperar que haja um controle *a posteriori* mais consistente por parte dos juízes nas ações policiais que resultarem em ingresso forçado no domicílio. É importante verificar se realmente houve uma justa causa, ou seja, se os elementos considerados pelos policiais para a respectiva medida invasiva no domicílio são fortes o bastante para justificar a ação.

Para a concretização desse controle *a posteriori* de forma mais eficiente pode o juiz seguir o modelo probatório estabelecido para a busca domiciliar previsto no art. 240, §1º, do Código de Processo Penal, onde verificará a existência das “fundadas razões”. Nesse sentido, foi o entendimento do Ministro Gilmar Mendes.

Em consequência, resta fortalecer o controle *a posteriori*, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – *fundadas*

*razões*, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas.

O relator aduziu ainda que informações advindas de inteligência policial, denúncias anônimas e de “informantes” não servem para caracterizar a justa causa, ou seja, não são indicadores suficientes para justificar o ingresso no domicílio sem autorização judicial.

Esse posicionamento do Ministro Gilmar Mendes e, por conseguinte, do Supremo Tribunal Federal, vai de encontro ao que acontece na prática policial, na qual é frequente os policiais entrarem na residência de suspeitos levando apenas em consideração informações colhidas junto a pessoas do povo, popularmente conhecidas como informantes, sem que haja uma avaliação mais criteriosa dos dados repassados.

Outra situação se refere ao tratamento dispensado às denúncias apócrifas, isto é, anônimas, nas quais não são realizados os levantamentos necessários, a fim de confirmar a veracidade das denúncias de forma a dá legitimidade aos agentes de segurança na entrada forçada em determinado domicílio se por ventura não houver meios de conseguir um mandado judicial em tempo hábil.

Observa-se que em ambos os casos citados o princípio da inviolabilidade de domicílio é mitigado sem uma razoável justificativa para tal. E o que mais chama a atenção é que tais atos são referendados pelo judiciário quase que de forma pacífica, não existindo um mínimo de questionamento sobre a legalidade das circunstâncias que ensejaram a violação.

A decisão advinda do julgamento do RE 603616/RO no Supremo Tribunal Federal não modificou a essência do entendimento da Suprema Corte sobre as prisões decorrentes da violação do domicílio, porém inovou ao estabelecer limites a serem observados pelos agentes estatais e a aplicação de um controle *a posteriori* mais rígido.

A nova interpretação resultará em uma maior proteção ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, na medida em que será necessário haver fundadas razões para que ocorra a violação e pelo fato de que tais razões deverão ser apreciadas posteriormente pelo judiciário. Meras suspeitas ou ações baseadas apenas em subjetivismo do agente não podem ser considerados como elementos justificadores para o ingresso no domicílio.

Ao mesmo tempo trará mais segurança jurídica aos agentes do Estado, principalmente, aos agentes de segurança pública, pois, ao demonstrarem a existência de uma justa causa para o ingresso forçado no domicílio não poderão ser responsabilizados civil, penal e administrativamente caso a medida invasiva não tiver o resultado esperado. Ou seja, mesmo que a prisão não venha a se concretizar, como por exemplo, no caso do suspeito se desfazer do produto ilícito no momento da entrada dos policiais, os agentes não serão responsabilizados se ficar demonstrado que os motivos que os fizeram entrar sejam suficientemente fortes e razoáveis para fazer crer que havia a configuração da situação de flagrante no interior da residência.

Com a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº. 603616/RO, em sede de repercussão geral, os demais Tribunais do país deverão observar os critérios estabelecidos pela Suprema Corte nas situações de ruptura do princípio da inviolabilidade domiciliar para satisfação da prisão em flagrante, como uma alternativa para uniformizar o entendimento e evitar novas contestações judiciais.

Diante da nova interpretação do Supremo Tribunal Federal de considerar lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial apenas quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas posteriormente de que havia a configuração de uma situação de flagrante delito, as prisões que forem realizadas em desobediência a essas observações, ou seja, sem uma justa causa, poderão ser consideradas ilegais, pois, as provas estarão eivadas de ilegalidade. Não restará alternativa para o magistrado senão o reconhecimento da nulidade dos atos e a inadmissibilidade das provas obtidas. Além, é claro, da responsabilização dos agentes pela conduta criminosa de abuso de autoridade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto no presente trabalho, conclui-se que a prova se constitui em um direito inerente aos litigantes no processo e *pari passu* se apresenta como um importante instrumento processual para a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo.

Embora relevante, o ordenamento jurídico impõe restrições à produção probatória, não sendo permitida a utilização de provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Aliás, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é prevista na Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, surge o questionamento sobre a validade das provas obtidas a partir de ações desencadeadas por agentes do Estado, especialmente ligadas à segurança pública, nas quais ingressam no domicílio sem o devido mandado judicial.

Este questionamento possui muita relevância notadamente devido ao fato da inviolabilidade de domicílio ser um direito fundamental previsto explicitamente na Constituição. Em assim sendo, não pode ser mitigado por simples liberalidade do Estado, devendo existir uma razão suficientemente forte para imputar ao cidadão a restrição do seu direito.

O ordenamento jurídico vigente em nosso país permite a entrada forçada no domicílio quando verificada a situação de flagrante, comumente nos casos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo. O entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência é pela legalidade da prisão e admissibilidade das provas obtidas, independentemente dos meios utilizados para a consecução do fim.

A medida excepcional de intervenção restritiva no domicílio na prática se tornou algo usual, resultando em um verdadeiro esvaziamento da tutela constitucional da inviolabilidade de domicílio. Daí ser importante a adoção de parâmetros que sirvam de orientação as ações dos agentes estatais.

À vista do que foi exposto, a entrada forçada no domicílio quando da inexistência de mandado judicial deve ser alicerçada em fundadas razões, ou seja, deve estar caracterizada uma justa causa para a adoção de medida tão extremada. O direito não pode legitimar um ato que se origina sem a observância dos estritos legais, tampouco deve considerar legítima uma ação iniciada sem a existência de elementos caracterizadores da situação de flagrante, nem deve aceitar que a

situação de flagrante seja evidenciada somente após a violação e também não pode convalidar as provas decorrentes desse arbítrio.

Mesmo nas situações de crimes permanentes deve haver a visualização da situação de flagrante anterior ao ingresso na casa ou ao menos existir elementos objetivos concretos que levem ao entendimento de que naquela residência esteja ocorrendo um crime. Não é aceitável a entrada forçada por mera liberalidade, sem justificativa plausível, baseada em ilações, ou em denúncias anônimas.

A decisão recente do Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só pode ser considerada lícita, mesmo em período noturno, quando acobertada em fundadas razões, e desde que devidamente justificadas posteriormente, as quais apontem 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, deve servir de embasamento para as ações policiais, assim como deve ser observado pelos juízes em futuras demandas judiciais.

Ao mesmo tempo em que a decisão do Supremo protege o direito a inviolabilidade de domicílio igualmente ampara as ações dos agentes estatais que terão segurança jurídica para atuarem, pois ao se submeterem aos limites legais, não serão responsabilizados mesmo que não haja a localização de produtos ilícitos no interior da casa ou mesmo que a prisão não seja efetivada.

Por fim, ressalta-se que o poder judiciário possui um papel importante no controle posterior das ações que resultem em violação de domicílio, independentemente de terem sido exitosas ou não, pois em ambas as situações faz-se necessário avaliar se os motivos alegados pelos agentes estatais possuíam elementos caracterizadores suficientes para permitir o ingresso no domicílio e, caso não reste comprovada a justa causa, deverá declarar a inadmissibilidade das provas obtidas e a nulidade dos atos, além da possibilidade de responsabilização dos agentes.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar A.R.C; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, 2 v.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal. Parte geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 1 v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 20 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 20 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 188195/DF 2010/0193763-8, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 27/09/2011, T5 - quinta turma, Data de Publicação: DJe 28/10/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21051788/habeas-corpus-hc-188195-df-2010-0193763-8-stj>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. HC 322609/SP 2015/0100511-2, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Publicação: DJ 07/05/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201501005112&dt\\_publicacao=19/08/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501005112&dt_publicacao=19/08/2015)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. HC 3982/RJ, 6ª Turma, Relator: Min. Adhemar Maciel, Data de Publicação: DJU 26/02/1996. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 70.814/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 1º de março de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Informativo 806, de 3 a 6 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+603616%2FRO+%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. MS 23452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. HC 82788/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 12/04/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02-06-2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765365/habeas-corpus-hc-82788-rj>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. HC 73.351/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/03/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. HC 127457/BA. Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 09/06/2015, T2-Segunda Turma, Data de publicação: Dje-128 de 01/07/2015. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc:2015-06-09;127457-4747655>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal- Parte geral**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. APL 00028362220118060032/CE 0002836-22.2011.8.06.0032, Relator: Luiz Evaldo Gonçalves Leite, Data de Julgamento:

30/12/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/07/2015. Disponível em: <<http://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204160937/apelacao-apl-28362220118060032-ce-0002836-2220118060032/inteiro-teor-204160952>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão 835435/DF, Processo 20130111885058APR, Relator: João Timóteo de Oliveira, Revisor: Souza e Avila, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 20/11/2014, Publicado no DJE: 01/12/2014. Pág.: 128. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154632162/apelacao-criminal-apr20130111885058-df-0048115-2920138070001/inteiro-teor-154632219>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Flagrante e Prova Ilícita. O voto do Geraldo Prado. Disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/01/flagrante-e-prova-ilicita-o-voto-do.html>>. Acesso em 01 abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte especial**. 7 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, 2 v.

\_\_\_\_\_. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativas e constitucionais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 9 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2014, vol. único.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 2º ed. Campinas: Millennium, 2000, 4 v.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. APR 10460140003845001/MG. Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 10/03/2015, Câmaras Criminais / 3ª câmara criminal, Data de Publicação: 19/03/2015. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175294703/apelacao-criminal-apr10460140003845001-mg>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1997

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Romulo de Andrade. Processo 0506508-96.2014.08.05.0001- Apelação criminal/BA. Parecer 3948/2015. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/193354692/apelacao-lei-de-drogas-violacao-de-domicilio-interrogatorio-nulidade>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**, 4 ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18 ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 16 ed. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ACR 70054828090/RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 29/05/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126297346/apelacao-crime-acr-70054828090-rs>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ACR 70052534104/RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 19/12/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116669985/apelacao-crime-acr-70052534104-rs>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ACR 70057976219/RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 29/05/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014). Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126886064/apelacao-crime-acr-70057976219-rs/inteiro-teor-126886069>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_.Apelação Crime 70054782008/RS, Terceira Câmara Criminal, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/06/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128123611/apelacao-crime-acr-70054782008-rs>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_.Apelação Crime 70053513891/RS, Terceira Câmara Criminal, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 09/05/2013. <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113018432/apelacao-crime-acr-70053513891-rs>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_.Apelação Crime 70058614199/RS, Terceira Câmara Criminal, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 29/05/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126694019/apelacao-crime-acr-70058614199-rs>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_.Apelação Crime 70055565261/RS, Quinta Câmara Criminal, Relator: Francesco Conti, Julgado em 18/09/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113440088/apelacao-crime-acr-70055565261-rs>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação criminal 2013.101202-0 (Juizado Especial Criminal). Data de publicação: DJSC de 03/09/2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58635807/djsc-03-09-2013-pg-396>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº. 603616/RO. Disponível em: <<http://cdn2.jota.info/wp-content/uploads/2015/11/re-603616.pdf>>. Acesso: 05 abr. 2016.

**ANEXO A – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** O presente recurso extraordinário trata dos limites da cláusula de inviolabilidade da casa.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal afirma sem ressalvas que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente.

Pretendo demonstrar que essa tese esvazia a inviolabilidade domiciliar, contrariando a interpretação sistemática da própria Constituição e tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário. Por isso, proporei evolução do entendimento.

Para tanto, parto de um resgate da cláusula de inviolabilidade domiciliar em nosso direito e no direito comparado, para investigar em que medida a entrada forçada em residência é tolerável.

A importância da inviolabilidade domiciliar na evolução e consolidação dos direitos fundamentais resta patente se voltarmos os olhos para as declarações de direitos.

A cláusula de inviolabilidade domiciliar evoluiu a partir da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, adotada em 1792, que dispõe:

“O direito das pessoas a estarem seguras em suas (...) casas, (...) contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado deverá ser expedido sem causa provável, confirmada por juramento ou afirmação, e com descrição pormenorizada do lugar a ser buscado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. No original: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing

**RE 603616 / RO**

the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

Analisando as declarações de direito em vigor, podemos classificá-las, grosseiramente, em três grupos.

Um primeiro grupo limita-se a afirmar a proteção contra buscas arbitrárias. A regulamentação da competência para expedir mandados e estabelecer as hipóteses em que o ingresso forçado é possível fica por conta da lei.

Nesse grupo, estão, além da mencionada Constituição dos Estados Unidos, as Constituições italiana, chinesa e argentina. Nos sistemas de proteção aos direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem vão na mesma linha.

Constituição italiana, art. 14:

“Art. 14 O domicílio é inviolável. Nele não podem ser efetuadas inspeções ou investigações ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidos por lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. As averiguações e inspeções por motivos de saúde e de incolumidade pública ou para fins econômicos e fiscais são regulamentadas por leis especiais.

*Art. 14. Il domicilio è inviolabile.*

*Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.*

*Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali”.*

Constituição chinesa, art. 39:

“Artigo 39.º O domicílio dos cidadãos da República

**RE 603616 / RO**

Popular da China é inviolável. É proibida a busca ilegal ou a intromissão no domicílio dos cidadãos”.

Constituição argentina, art. 18:

*“Artículo 18º.- El domicilio es inviolable como tambien la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en que casos y con que justificativos podra procederse a su allanamiento y ocupacion”.*

Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, art. 11, 2:

“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

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

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 8º:

“Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Uma segunda categoria cria reserva judicial para a busca a

**RE 603616 / RO**

apreensão, sem exceções. É o caso de Uruguai, Venezuela e Moçambique.

Constituição uruguaia, art. 11:

“Artículo 11 .- El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley”.

Constituição da Venezuela, art. 47:

“Artículo 47. El hogar doméstico, el domicilio, y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”.

Constituição da República de Moçambique, art. 68:

“Artigo 68 (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e a correspondência ou outro meio de comunicação privada são invioláveis, salvo nos casos especialmente previstos na lei.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas especialmente previstas na lei.

3. Ninguém deve entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento”.

Um terceiro grupo de texto vai além, criando reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecendo exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial.

**RE 603616 / RO**

Nessa linha, estão as seguintes constituições e as respectivas exceções:

**Alemanha:** caso a demora implique perigo;

**Portugal:** flagrante delito;

**Espanha:** flagrante delito;

**Japão:** flagrante delito;

**Paraguai:** flagrante delito, impedir perpetração de crime ou evitar danos à pessoa ou à propriedade;

**Angola:** flagrante delito ou situação de emergência, para prestação de auxílio.

Lei Fundamental Alemã, § 13:

§13

“(1) O domicílio é inviolável.

2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada. [(1) Die Wohnung ist unverletzlich.

(2) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden”.

Constituição portuguesa, art. 34:

“1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada,

**RE 603616 / RO**

incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”.

Constituição espanhola, art. 18:

“Artigo 18.

2. O domicílio é inviolável. Nenhuma entrada ou busca pode ser feita sem autorização ou ordem judicial, salvo nos casos de flagrante delito. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*”

Constituição japonesa, arts. 33 e 35:

“Art. 33. Ninguém será preso exceto por ordem judicial que especifique a acusação, salvo em flagrante delito.

Art. 35. O direito de todos a estar seguro em suas casas (...), contra buscas e apreensões não vai ser violado exceto contra mandado emitido por justa causa e com descrição particular do lugar a ser buscado e coisas a serem apreendidas, salvo na hipótese do art. 33”.

Constituição do Paraguai, art. 34:

“Artículo 34 - DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LOS RECINTOS PRIVADOS

Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrá ser allanado o clausurado por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrá serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad”.

**RE 603616 / RO**

Constituição da República de Angola, art. 33:

“Artigo 33.º (Inviolabilidade do domicílio)

1. O domicílio é inviolável.

2. Ninguém pode entrar ou fazer busca ou apreensão no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo nas situações previstas na Constituição e na lei, quando munido de mandado da autoridade competente, emitido nos casos e segundo as formas legalmente previstas, ou em caso de flagrante delito ou situação de emergência, para prestação de auxílio.

3. A lei estabelece os casos em que pode ser ordenada, por autoridade competente, a entrada, busca e apreensão de bens, documentos ou outros objectos em domicílio”.

A exceção de relevo parece ser a Constituição francesa, que remete a catálogos de direitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, os quais não consagram expressamente a inviolabilidade da casa.

Voltando ao direito pátrio, todas as constituições brasileiras continham cláusula de defesa da casa.

As Constituições de 1824, 1891 e 1934 estabeleciam que a casa é “asilo inviolável”, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e na forma da lei (art. 179, VII; art. 72, §11 e art. 113, 16, respectivamente).

Constituição de 1824:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ;

**RE 603616 / RO**

e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”.

**Constituição de 1891:**

“Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei”.

**Constituição de 1934:**

“Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

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

A Constituição de 1937 igualmente remeteu à lei a regulamentação da garantia (art. 122, §6º). A declaração de estado de guerra em 1942 – Decreto 10.358, de 31.8.1942 – suspendeu a inviolabilidade domiciliar.

**Constituição de 1937:**

“Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência,

**RE 603616 / RO**

salvas as exceções expressas em lei

A inviolabilidade do domicílio foi retomada pelas Constituições de 1946 e 1967, e Emenda Constitucional 1/69, sempre remetendo à regulamentação legal (art. 141, §15; art. 150, §6º e art. 153, §10, respectivamente).

Constituição de 1946:

“Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Constituição de 1967:

“Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Emenda Constitucional 1/ 1969:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém

**RE 603616 / RO**

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

Feito esse passeio por espaço e tempo, chegamos à Constituição de 1988. O texto constitucional tratou da inviolabilidade e de suas exceções no art. 5º, XI:

“Art. 5º.

XI - 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;”

Estabeleceram-se quatro exceções à inviolabilidade: *(i)* flagrante delito; *(ii)* desastre, *(iii)* prestação de socorro, *(iv)* determinação judicial.

Ainda que com redação inversa, nossa Constituição se alinha aos textos que criam reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecem exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial.

Ao texto constitucional adicionam-se o art. 11, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, e o art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que protegem o domicílio contra “ingerências abusivas e arbitrárias”.

A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida. As comunidades em situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios.

Ilustrativo, sob esses aspectos, o relato do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, em sua biografia – BELTRAME,

**RE 603616 / RO**

José Mariano. *Todo Dia é Segunda-Feira*. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Sextante, 2014. Formato: ePub. Acesso em 4.11.2015.

Narra ele que, após a ocupação de favelas cariocas, os policiais faziam buscas nas casas da comunidade, o que levava a prisões de fugitivos e à apreensão de grandes quantidades de armas e drogas escondidas pelos traficantes nos barracos. Comentando o rescaldo da tomada do Complexo do Alemão, escreveu:

“Verificamos praticamente uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos. Só depois de executada essa varredura foi que consideramos a área segura” (posição 1725).

Em seguida, descreve abuso na execução da medida, a prática de “espólio de guerra”, ou seja, furto de bens que guarneciam as residências:

“Recebi denúncias consistentes de que houve a prática do espólio de guerra durante a ocupação do Alemão. Alguns moradores se queixaram de que policiais haviam roubado objetos de suas casas durante a varredura. Essa era uma preocupação do comando desde o início, mas, apesar da cautela, houve irregularidades por parte de pequeno grupo, que acabou alvo de investigação” (posição 1752).

A despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente. A 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 – Justice Robert H. Jackson, redator da *opinion* da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948).

Há casos, no entanto, em que a necessidade de autorização judicial é excepcionada. O presente caso trata da exceção do “*flagrante delicto*”.

**RE 603616 / RO**

A interpretação que adota o Supremo Tribunal Federal no momento é a de que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial (RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – RHC 40.796, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8.5.2014; AgRg no AREsp 417.637, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9.12.2014.

Para se chegar a essa conclusão, segue-se uma linha de raciocínio simples.

Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Nesse intervalo, o crime está em curso. Assim, se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio.

Assim, por exemplo, no crime de tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/06 –, estando a droga depositada em uma determinada casa, o morador está em situação de flagrante delito, sendo passível de prisão em flagrante. Um policial poderia ingressar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão.

Essa interpretação, a despeito de tradicional em nosso direito, causa problemas.

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. Em verdade, dificilmente a certeza estará ao alcance da polícia. Se certeza do crime e de sua autoria houvesse, a diligência seria desnecessária.

No exemplo do comércio de drogas, o próprio pretendo traficando pode ter sido enganado e ter em sua posse quilos de farinha.

Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação.

**RE 603616 / RO**

Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “*fundadas razões*” – art. 240, §1º.

Considerado o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150, §2º, do CP.

Ou seja, o policial estaria assumindo o risco de perpetrar um crime, salvo se tiver sucesso em sua diligência. Isso dá ao policial um perigoso incentivo. Ou desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio.

Caso o policial não encontre a droga e venha a ser acusado criminalmente, transferir-se-á a escolha dramática para a fase de punição do agente público. A tese defensiva natural será o estrito cumprimento do dever legal putativo – o policial alegará que achava que havia um crime em andamento dentro da casa invadida.

Se rejeitar a defesa, o julgador pune um policial que acreditava estar cumprindo seu dever.

Se a acolher, aniquila a garantia da inviolabilidade do domicílio. Qualquer alegação por parte de policiais de que tinham informação de que havia um crime em andamento afastaria a inviolabilidade domiciliar.

E é nessa situação que nos encontramos atualmente.

Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia.

Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação.

Essa evolução pode decorrer tanto da interpretação da própria Constituição como de sua integração com os tratados de direitos dos quais o país é signatário.

**RE 603616 / RO**

Os tratados sobre direitos humanos podem ampliar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, mesmo para afastar ressalvas expressas feitas pelo texto constitucional. Esse entendimento foi adotado pelo STF para afirmar a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, expressamente prevista no art. 5º, LXVII, da CF, mas incompatível com tratados internacionais sobre direitos humanos – RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, e RE 349.703, Red. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 3.12.2008.

E o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos protegem o domicílio contra *ingerências arbitrárias* (art. 11, 2, e art. 17, 1, respectivamente).

A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida.

Imagine-se, por exemplo, que a polícia selecionasse casas por sorteio e, nas escolhidas, realizasse busca e apreensão, independentemente de qualquer informação sobre seus moradores. Certamente, seriam flagrados crimes em algumas delas. O resultado positivo das buscas, no entanto, não justificaria sua realização. O fundamental é que o critério para a decisão de realizar a entrada forçada foi arbitrário.

A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

Esse princípio é adotado pelo direito norte-americano, na medida em que não dispensa o mandado em situações de crime em curso, salvo se a busca imediata decorrer de circunstâncias exigentes – *“exigent circumstances”* –, assim consideradas “as circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustrasse indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei” – *“Those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry (or other relevant prompt action) was necessary to prevent physical harm to the officers or other persons, the destruction of relevant evidence, the escape of a*

**RE 603616 / RO**

*suspect, or some other consequence improperly frustrating legitimate law enforcement efforts*" [United States v. McConney, 728 F. 2d 1195, 1199 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 824 (1984)].

Assim, precisamos rever os termos em que a busca e apreensão domiciliar é aceita.

Novo recurso ao direito comparado nos permite encontrar para tanto um norte.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem parte de um texto normativo menos protetivo para chegar a uma conclusão de maior afirmação da garantia.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe sobre a inviolabilidade domiciliar em seu artigo 8º. Esse texto se limita a estabelecer que a violação ao domicílio é tolerável quando "estiver prevista na lei". Para além disso, a lei somente pode permitir a ingerência se "constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária" para assegurar uma finalidade aceitável – segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, proteção da saúde ou da moral, ou proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Entende-se que a exigência de um mandado judicial autorizando a interferência no domicílio é importante para evitar abusos e arbítrios. No entanto, em situações exigentes, "a ausência de mandado judicial prévio pode ser contrabalançada pela disponibilidade de um controle *ex post factum*". Assim, as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por magistrado – nesse sentido, Heino contra Finlândia (caso n. 56720/09), decisão de 15.2.2011; Smirnov contra Rússia (caso 71362/01), decisão de 7.6.2007.

O controle judicial da investigação criminal serve para compatibilizar os direitos de liberdade com os interesses da segurança pública. Esse controle pode ser *a priori* – antes da adoção da medida que afeta direitos fundamentais – ou *a posteriori* – após a adoção da medida. No controle prévio, a adoção da medida deve ser precedida da expedição de uma ordem judicial. O juiz, terceiro imparcial, analisa a presença dos

**RE 603616 / RO**

requisitos da medida e, se for o caso, autoriza sua realização.

No controle *a posteriori*, a legislação permite aos agentes da administração desde logo atuar, realizando a medida invasiva. Apenas depois de sua concretização, o terceiro imparcial verifica se os agentes da administração agiram de acordo com o direito, analisando se estavam presentes os pressupostos da medida e se sua execução foi conforme o direito.

O controle *a posteriori* pode ser adotado, mesmo em medidas invasivas, se houver razões suficientes para tanto.

É o que ocorre no caso da prisão em flagrante – art. 5º, LXI, da CF. Trata-se de exceção à exigência de prévia ordem escrita da autoridade judiciária para a prisão, fundada na urgência em fazer cessar a prática de crime e na evidência de sua autoria. No entanto, é indispensável o controle da medida *a posteriori*, mediante imediata comunicação ao juiz, que analisa a legalidade da prisão em flagrante – art. 5º, LXII, da CF.

No caso da inviolabilidade domiciliar, em geral, é necessário o controle judicial prévio – expedição mandado judicial de busca e apreensão. O juiz analisa a existência de justa causa para a medida – na forma do art. 240, §1º, do CPP, verifica se estão presentes as “*fundadas razões*” para a medida – e, se for o caso, determina a expedição do mandado de busca e apreensão.

No entanto, é a própria Constituição que elenca exceções – entre elas o flagrante delito – nas quais dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência. Em crimes permanentes, o agente está permanentemente em situação de flagrante delito. Assim, seria de difícil compatibilização com a Constituição exigir controle judicial prévio para essas hipóteses.

Da mesma forma, a cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. Talvez porque, nessas hipóteses, presume-se urgência no ingresso na residência.

**RE 603616 / RO**

Essa urgência é presumida independentemente de o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa.

Nas hipóteses em que a Constituição dispensa o controle judicial prévio, resta o controle *a posteriori*. Pelo entendimento atualmente aceito na jurisprudência, se a situação de flagrante se confirma, qualquer controle subsequente à medida é dispensado. Não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na residência onde a diligência foi realizada.

Assim, voltando ao exemplo da droga mantida em depósito em residência, se o policial obtém, mediante denúncia anônima, a informação de que a droga está naquela casa, não poderá pedir mandado judicial, porque ninguém se responsabilizou validamente pela declaração – art. 5º, IV, CF. No entanto, poderá forçar a entrada na casa e fazer a prisão em flagrante. Se, eventualmente, vier a ser indagado, poderá pretextar que soube da localização da droga por informações de inteligência policial. De qualquer forma, a solidez das informações que levaram ao ingresso forçado não é analisada.

Já afirmamos que essa solução é insatisfatória. Em consequência, resta fortalecer o controle *a posteriori*, **exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa**. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – *fundadas razões*, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas.

É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados para satisfazer o requisito.

O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, merecerá especial escrutínio. No entanto, ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões

**RE 603616 / RO**

para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir.

Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração. Nesse sentido, especificamente sobre a denúncia anônima, decidiu-se no Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11.11.2005. Bem pontuou o Ministro Celso de Mello:

“(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (disque-denúncia p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento em relação às

**RE 603616 / RO**

peças apócrifas;”

Na mesma linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21.5.2015.

Nada impede, contudo, que essas informações venham a dar base a pesquisas e, uma vez robustecidas por outros elementos, embasem a busca.

Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas.

A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução *fundadas razões* demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário.

O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos.

Há também casos que apresentarão complexidades que desbordarão os limites da tese aqui proposta.

Por exemplo, numa investigação sigilosa, é possível que a notícia do crime permanente dentro de residência surja. No entanto, dar acesso ao dono da casa a todos os dados da investigação pode comprometer o restante das pesquisas. Em tese, poder-se-ia realizar investigação independente, documentando indícios mínimos para a busca e retendo o restante da prova. Os limites dessa prática, no entanto, não são aqui debatidos.

Também é comum que, no cumprimento de mandados de busca e

**RE 603616 / RO**

apreensão, revelem-se situações de flagrante delito não previstas no objeto inicial. Numa busca por drogas, por exemplo, podem-se encontrar armas de uso proibido. Em princípio, o ingresso forçado está autorizado, pelo que não se cogita de vulneração da garantia da inviolabilidade de domicílio. No entanto, novamente, os limites da prática não são aqui debatidos.

Tampouco se pretende aferir a validade de mandados de busca e apreensão coletivos. Esse expediente, que vem sendo usado em operações em favelas e comunidades conflagradas, testa os limites da garantia contra a inviolabilidade da casa de formas que não comportariam análise no presente tema.

Outra questão não apreciada é a validade do consentimento do morador. As hipóteses concretas podem revelar desdobramentos complexos, seja quanto à prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência. A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal “sob autoridade governamental” (*under government authority*) ou “sob as cores do uniforme” (*under color of office*) – respectivamente, casos *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921) e caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948). Já houve algum debate sobre o assunto no HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1999. O tema em julgamento, no entanto, não se presta a resolver a questão.

Enfim, há uma infinidade de complicadores que merecem avaliação em separado. Será a casuística que impulsionará o desenvolvimento de jurisprudência para enfrentar os diferentes temas.

Ainda assim, tenho que a tese é um avanço para a concretização da garantia. Com ela, estar-se-á valorizando a proteção à residência, na medida em que será exigida justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca.

No que se refere à segurança jurídica para os agentes da segurança pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência fracasse. Por óbvio, eventualmente, o juiz

**RE 603616 / RO**

considerará que a medida não estava justificada em elementos suficientes. Isso, no entanto, não gerará a responsabilização do policial, salvo em caso de abuso inescusável.

Assim, tanto o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio quanto à segurança jurídica dos agentes estatais ficarão valorizados.

Em suma, proponho seja fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, é válida, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito.

No caso concreto, o recorrente Paulo Roberto de Lima foi preso em flagrante porque foram encontrados 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) dentro de um veículo Ford Focus de sua propriedade, estacionado na garagem de sua residência.

A busca foi realizada sem mandado judicial.

No entanto, havia fundadas razões para suspeitar que o recorrente estava em situação de flagrante delito quanto ao crime de tráfico de drogas.

O acórdão recorrido assenta que o investigado e Reinaldo Campanha eram suspeitos de transportar drogas. Reinaldo dirigia caminhão de propriedade do recorrente. A polícia já havia monitorado encontros de ambos.

Em 20.4.2007, Reinaldo partiu da casa do recorrente Paulo Roberto dirigindo caminhão que, posteriormente, foi interceptado. Inspeccionado o veículo, foram localizados 23,421 Kg (vinte e três quilos, quatrocentos e vinte e um gramas) de cocaína.

Após a prisão, Reinaldo teria confirmado receber a droga de Paulo Roberto.

Na sequência, os policiais foram à residência de Paulo Roberto e ingressaram na casa e em seu terreno sem autorização. Ao revistarem o veículo estacionado na garagem, localizaram os 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) de cocaína adicionais.

O ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento

**RE 603616 / RO**

prévio e nas declarações do flagrado Reinaldo, elementos suficientes para indicar fundadas razões de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas.

Assim, a tese do recorrente está em desacordo com a interpretação fixada por esta decisão.

As demais teses do recorrente fogem aos limites da admissão de repercussão geral ao recurso extraordinário, pelo que não serão debatidas.

Ante o exposto:

a) resolvo a questão com repercussão geral, estabelecendo a interpretação de que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, é válida, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito;

b) nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.