

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO**

ROBERTA MÜLLER DE OLIVEIRA

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR
E SUAS LIMITAÇÕES**

CANELA, RS

2018

ROBERTA MÜLLER DE OLIVEIRA

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR
E SUAS LIMITAÇÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, como requisito parcial para à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador Prof. Ms. Guilherme Dettmer Drago

CANELA, RS

2018

ROBERTA MÜLLER DE OLIVEIRA

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR
E SUAS LIMITAÇÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, como requisito parcial para à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em ____ / ____ / 2018

Banca Examinadora

Professor Orientador: Ms. Guilherme Dettmer Drago
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor(a) Convidado(a):
Universidade de Caxias do Sul

Professor(a) Convidado(a):
Universidade de Caxias do Sul

AGRADECIMENTOS

A construção de um trabalho de conclusão é minuciosa e exige demasiado tempo por parte do autor, bem como requer a compreensão constante das pessoas que estão a sua volta.

Desta forma, agradeço primeiramente a Deus e minha tia Maria Elizabeth de Oliveira (*in memoriam*) por terem me dado forças durante toda minha trajetória acadêmica. Apesar das dificuldades financeiras, a fé me manteve convicta de que chegaria à conclusão do curso de direito.

Agradeço aos meus pais Roberto Morandi de Oliveira e Patrícia Müller, os quais não mediram esforços para me proporcionar as melhores condições de estudo, do ensino fundamental à graduação, e que sempre me forneceram o suporte psicológico para enfrentar as adversidades da vida. Ainda, agradeço minha irmã Mariana Müller de Oliveira, a qual acompanhou de perto todas as minhas conquistas.

Agradeço ao meu namorado Leonardo Michaelson Bohrer, que esteve presente em todos os momentos da minha graduação, sempre me apoiou em todas as minhas decisões e me incentivou na conclusão do curso.

Além disso, esse trabalho é fruto do aprendizado advindo dos profissionais com os quais tive o privilégio de trabalhar e aos quais sempre serei profundamente grata pela oportunidade. Passo a nominá-los: Daniel Reschke - Delegado de Polícia; Jackson José de Souza Schebella (*in memoriam*) - Inspetor de Polícia; Delai Francisco Pereira Lima (*in memoriam*) - Inspetor de Polícia; Dr. Carlos Eduardo de Lima Pinto - Juiz de Direito de São Francisco de Paula; Eda de Lima Lopes - Escrivã designada de São Francisco de Paula; Marcelo Altmayer - Assessor de Juiz de São Francisco de Paula; Bruno Pereira Pereira - Promotor de Justiça de São Francisco de Paula.

Por fim, quero salientar que este trabalho é resultado, também, de todos os professores com os quais tive aula, os quais só tenho a agradecer. Estendo esse agradecimento, principalmente, ao Professor Ms. Guilherme Dettmer Drago, com quem tive a honra de cursar uma disciplina na Universidade e que aceitou ser meu orientador na elaboração do presente estudo, bem como demonstrou qualidades que quero levar para além da vida acadêmica: pontualidade, perspicácia, dedicação e competência.

*“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito.
Mas no dia em que encontrares o Direito
em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”*

Eduardo Couture

RESUMO

O corrente trabalho disserta acerca do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, bem como das aderências advindas do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO à interpretação atual do referido texto constitucional. A presente pesquisa aborda os tópicos necessários para o entendimento da decisão do Recurso Extraordinário, iniciando pelo âmbito constitucional, no qual se discorre acerca da importância dos direitos e garantias fundamentais, o desenvolvimento histórico-doutrinário do conceito de domicílio e as restrições da inviolabilidade domiciliar. Neste diapasão, se parte para o âmbito penal, no qual se versa sobre o flagrante como medida restritiva, o crime de violação de domicílio e a sua extensão sob o crime permanente, a busca e apreensão domiciliar e a ilicitude da prova, aliado à legislação penal especial, que aborda a responsabilização do agente sob o espectro da inviolabilidade domiciliar. Destarte, se parte para análise de posterior decisão ao Recurso Extraordinário elencado, também pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, Habeas Corpus 138.565/SP e os reflexos do julgamento do Recurso Extraordinário mencionado, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Inviolabilidade Domiciliar. Violação de Domicílio. Supremo Tribunal Federal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
2.1	A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	17
2.2	O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO - DOUTRINÁRIO DO CONCEITO DE DOMICÍLIO	22
2.3	A INVIOABILIDADE DOMICILIAR E SUAS RESTRIÇÕES.....	28
3	A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA ESFERA PENAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE.....	37
3.1	O ESTADO DE FLAGRÂNCIA COMO MEDIDA RESTRITIVA	37
3.2	O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E SUA EXTENSÃO SOB CRIME PERMANENTE.....	43
3.3	A BUSCA E A APREENSÃO DOMICILIAR E A ILICITUDE DA PROVA.....	49
3.4	A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE SOB O ESPECTRO DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR	55
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR	63
4.1	O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 - RONDÔNIA	63
4.2	O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO HABEAS CORPUS 138.565/SP	69
4.3	OS REFLEXOS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	75
5	CONCLUSÃO	83
	REFERÊNCIAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda recente julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, no qual o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um parâmetro quanto aos limites do ingresso domiciliar sem autorização judicial. São analisados julgamento posterior, consistente no Habeas Corpus 138.565/SP, à decisão acima mencionada, bem como estudados os reflexos do referido Recurso Extraordinário na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O estudo foi realizado através de uma pesquisa intensificada, com o intuito de refletir acerca do tema proposto, utilizando-se dos meios disponíveis para tal finalidade: doutrina, artigos, decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça gaúcho. Para tanto, foi utilizada a metodologia dialética-indutiva, na medida em que foram confrontadas as hipóteses, mediante análise doutrinária acerca do assunto aliada à minuciosa análise jurisprudencial.

À luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 fica explícito que a inviolabilidade domiciliar cabe durante o dia – mediante mandado judicial – e a qualquer momento – em caso de flagrância decorrente de delito, desastre ou prestação de socorro. Ocorre que o policial fica encarregado de definir o que caracteriza a flagrância, punindo o policial, o julgador pode estar indo contra ao dever inerente do cargo; deixando de puni-lo, anula os direitos constitucionais previamente estabelecidos no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Nesta senda, sobreveio o Recurso Extraordinário 603.616/RO, o qual admitiu a licitude da entrada na residência do indivíduo sem mandado judicial, ainda que em período noturno, quando fundamentada em razões justificáveis, mesmo que *a posteriori*. No entanto, quando o estado de flagrância não for amparado por fundadas razões, haverá a responsabilização do agente público na esfera disciplinar, civil e penal, bem como a nulidade dos atos praticados, em virtude das provas terem sido colhidas de modo ilícito. Destarte, em razão da problemática exposta, que optou-se pela escolha do tema referido.

O texto é composto por três capítulos. Desta forma, o primeiro capítulo versa sobre a inviolabilidade domiciliar em face a Constituição Federal de 1988, subdivido na descrição da importância dos direitos e das garantias constitucionais, sendo logo após, demonstrado o desenvolvimento histórico-doutrinário do conceito de domicílio,

para, então, retratar as principais excepcionalidades do art. 5º, inciso XI, do texto constitucional.

O segundo capítulo aborda a questão da inviolabilidade domiciliar na esfera penal, expondo, primeiramente, o estado de flagrância como medida restritiva. Posteriormente, se insere o fato de que quando não respeitados as restrições elencadas no art. 5º, inciso XI, da CF, haverá o crime de violação de domicílio, previsto no art. 150, da legislação penal. Em seguida, mencionam-se os critérios para a busca e apreensão domiciliar, que se não observados, ocasionam a ilicitude da prova. Finaliza-se o capítulo citado, recorrendo à lei penal especial n.º 4.898/65 - Lei de Abuso de Autoridade -, no qual são comentadas as sanções penais para quando a violação de domicílio for ocasionada pelo agente, no exercício de sua função.

No terceiro e último capítulo, após elencados todos os temas que foram levados em conta para a decisão que ocasionou significativa mudança de interpretação do direito constitucional da inviolabilidade domiciliar, é feito um detalhamento acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO. Subsequentemente, é feita uma análise do Habeas Corpus 138.565/SP, no qual se obteve a absolvição, sob o mesmo argumento que se condenou o réu do Recurso Extraordinário anteriormente referido, bem como realizada uma análise dos reflexos do RE 603.616/RO na jurisprudência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, para melhor entendimento do assunto a ser dissertado, necessário se faz realizar alguns apontamentos. O presente estudo principia com a abordagem da relevância dos direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como o desenvolvimento histórico do conceito de domicílio, que sofreu diversas modificações ao longo do tempo, que culminaram na garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Ainda, convém mencionar que apesar de estar prevista constitucionalmente, a aplicação dessa garantia ocorre caso a caso, e por essa razão, a jurisprudência sofre contínuas transformações, como será demonstrado oportunamente.

2.1 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

As constantes modificações que as constituições brasileiras sofreram, deram ensejo à construção de direitos e garantias fundamentais, com o intuito de proteger o indivíduo do Estado. Ou seja, o ser humano criou determinados preceitos constitucionais a fim de se resguardar do poder estatal, em um primeiro momento, oportunidade em que se tornou necessário que os princípios mais importantes da vivência humana estivessem documentados juridicamente.¹

Nesta senda, os direitos fundamentais evidenciam as adaptações da Constituição Federal de 1988 às mudanças histórico-sociais pelas quais o país passou. Ainda, os direitos fundamentais garantem a proteção daquilo que é essencial ao ser humano. Sendo assim, é necessário que o indivíduo possua uma espécie de pacto político – como anteriormente mencionado – que lhe proporcione garantias de seus principais direitos, de acordo com o entendimento do autor Walber Moura Agra²:

À medida que as demandas sociais aumentam, há uma paulatina incorporação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais com o

¹ PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 255.

² AGRA, Walber Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 13 ago. 2018. não paginado.

objetivo de reforçar a sua normatividade – movimento este que é inexorável. Esta expansão das prerrogativas dos cidadãos demanda um fortalecimento nos mecanismos que asseguram a sua concretização, fazendo com que eles sejam considerados imprescindíveis para a concretude da Carta Magna. Assim, há uma remodelação de parâmetros, em que a estruturação dos órgãos públicos perde primazia para as prerrogativas dos cidadãos, reformulando o critério para se classificar o que se define como uma boa Constituição, que passa a ser definida de acordo com a extensão e a eficácia dos direitos fundamentais esculpido pelas suas normas.

Em sua obra, Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky³ mencionam a importância do Direito Constitucional e a necessidade de um documento que estabeleça parâmetros de convivência devido às contingências sociais e culturais que a sociedade vive:

Com o advento do Estado Moderno, o papel atribuído ao Direito Constitucional passa a ser de fundamental importância porque a própria noção de Estado compreende a ideia de uma sociedade politicamente organizada que submete a todos, governantes e governados ao império de um documento que formaliza o pacto político da sociedade.

Nesse sentido, é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como operação básica de seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso é indispensável para a interpretação constitucional.

³ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 13.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135.

Salienta-se que os direitos e garantias fundamentais sobrevieram com o objetivo de garantir ao ser humano uma existência livre e digna, que seja o suficiente para ao mesmo tempo que resguarda os direitos individuais, também se estenda ao coletivo, segundo explica o autor Konrad Hesse⁵:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade.

Importa ressaltar que o rol dos direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição Federal é exemplificativo, uma vez que a Constituição entende, no §2º do artigo citado, que são direitos e garantias fundamentais, não somente os transcritos no enunciado dos 78 incisos do artigo mencionado, mas também àqueles que provêm dos princípios e do regime adotado pela Constituição.⁶

A doutrina classifica os direitos fundamentais em cinco gerações, de acordo com seu desenvolvimento histórico, não sendo substitutiva uma à outra, mas sim contributiva para a geração posterior, consoante apontam Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira⁷:

Preliminarmente o termo *dimensões* de direitos fundamentais seria o mais correto pelo simples fato de que o tema gerações levaria em uma primeira compreensão à ideia de que os direitos fundamentais de uma geração seriam substituídos pelos direitos que viessem a surgir em outra geração (uma geração substituiria a outra) fato este que não ocorre de fato. Em sentido contrário, o termo dimensões de direitos fundamentais nos leva a crer que uma dimensão agrega-se à próxima não a substituindo, mas a ela somando na tutela dos direitos do homem. (grifo dos autores).

Os direitos de primeira geração surgiram no final do século XVII, sob o avanço da Revolução Francesa, com o intento do Estado liberal responder ao liames

⁵ HESSE, Konrad. **Série IDP: temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

⁶ AGRA, Walber Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 331.

⁷ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 54.

do Estado absoluto, enfatizando o princípio da liberdade, e por isso, sendo considerado como um direito negativo, pois privou o ente estatal de interferir na liberdade do indivíduo. Os direitos elencados à geração anteriormente mencionada são classificados como civis e políticos, conforme aponta o autor Roberto Baptista Dias da Silva⁸:

A primeira geração é formada pelos tradicionais direitos individuais ligados à liberdade, criando uma oposição entre o indivíduo e o Estado.

Os direitos de primeira geração têm caráter negativo, visto que suas previsões caminham no sentido de exigir uma abstenção, um não fazer, uma omissão do Estado, ou seja, os direitos de primeira geração são respeitados na medida em que o Estado não ingressa na esfera de direitos conferidos aos indivíduos.

Nessa primeira fase, no final do século XVIII, são disseminados, entre outros, os direitos relacionados à liberdade de locomoção, de religião, de opinião e de imprensa, bem como à inviolabilidade de domicílio e ao sigilo de correspondência.

Os direitos fundamentais de segunda geração emergiram em meados do século XX, nos primórdios da Revolução Industrial, característicos pelo cunho econômico e social, resultantes do pensamento de garantir um Estado para todos, não somente para àqueles que possuíam alto poder aquisitivo, mas também para a população menos favorecida, em conformidade com o autor Rodrigo César Rebello Pinho⁹:

A *segunda geração* corresponde aos direitos sociais, que são direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um *fazer* do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Esses direitos nasceram em razão de lutas de uma nova classe social, os trabalhadores. Surgiram em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho. (grifo do autor).

A terceira geração corresponde aos direitos de solidariedade e fraternidade. André Fernando Reis Trindade¹⁰ explica que esses direitos “têm como destinatário o próprio gênero humano. Defendem a paz, o meio ambiente, o patrimônio comum da humanidade, e o direito de comunicação”.

⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 290.

⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁰ TRINDADE, André Fernando Reis. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83-84.

O avanço da ciência culminou nos direitos de quarta geração, efetivamente conhecidos como direitos dos povos, uma vez que advindos da última fase da estruturação do “Estado Social” - globalização. A quarta dimensão é composta pelo direito à democracia, à informação, ao pluralismo, bem como do patrimônio genético.¹¹

A quinta geração corresponde ao direito da paz, na qual a obra de Paulo Bonavides¹² dedica um capítulo inteiro, explicando a necessidade de tornar a paz um direito de quinta dimensão e criar uma nova categoria, diversa da terceira geração:

Epicentro, portanto, dos direitos da mais recente dimensão, a paz se levanta, desse modo, a uma culminância jurídica que a investe no mesmo grau de importância e ascendência que teve e tem o desenvolvimento enquanto direito da terceira geração.

Ambos legitimados sobreposse pela força e virtude e nobreza da respectiva titularidade: no desenvolvimento, o povo; na paz, a humanidade.

Com este vasto círculo da abrangência dos direitos fundamentais ainda há espaço para erguer a quinta geração, que se nos afigura ser aquela onde cabe o direito à paz, objeto das presentes reflexões.

Como todos os direitos existentes, nada impede que um direito fundamental venha a colidir com o outro. No entanto, deve-se ponderar a dissidência, a ponto de nenhum se sobressair ou cessar totalmente, como expõe Alexandre de Moraes¹³:

Desta forma, quando houver um conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonia* 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 dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (grifo do autor).

O direito é o próprio bem jurídico, e a garantia é a ferramenta pela qual se assegura o direito violado. Embora alguns autores classifiquem ambos como coisas

¹¹ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. (Coleção Elementos do Direitos). p. 168.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 599.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 61.

apartadas, compete evidenciar, novamente, os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴:

No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física)¹⁵. Há também, outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantias, às chamadas garantias fundamentais.

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal.

Nem sempre, contudo a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

As chamadas garantias constitucionais não se restringem somente aos remédios constitucionais, tais como mandado de segurança, ação coletiva, etc., mas também perfazem as proposições do direito, preservando e resguardando a efetivação do que está previsto constitucionalmente.¹⁶

Em suma, a Constituição Federal abarcou, em seu artigo 5º, todas as prerrogativas essenciais para que o ser humano pudesse usufruir da sua liberdade, sem ferir a liberdade do próximo. Não bastasse isso, ainda estabeleceu garantias que auxiliassem quando do momento da violação do que já está previamente constituído, deixando claro em seu dispositivo seu principal propósito: possibilitar o estado democrático de direito.

2.2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO - DOUTRINÁRIO DO CONCEITO DE DOMICÍLIO

Dentre o rol de direitos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, está em seu inciso XI, o da inviolabilidade domiciliar, que possibilita que o ser humano se sinta protegido dentro de seu espaço e garante que nesse ambiente, o mesmo não

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1988. p. 495.

¹⁶ AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 203 *apud* CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 56.

será importunado, salvo algumas exceções: no caso de flagrante delito, para prestar socorro ou no caso de desastre¹⁷. No entanto, antes de aprofundar acerca do direito previsto no inciso supramencionado, torna-se relevante dissertar a respeito do desenvolvimento histórico - doutrinário do conceito de domicílio.

Convencionalmente, temos o costume de associar domicílio somente como o local em que moramos. Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁸ menciona que o próprio Código Civil é adepto a essa definição, ao categorizar em seus artigos o vínculo jurídico entre a pessoa e sua sede jurídica correspondente, onde se pressupõe que o sujeito se fará presente “para efeitos de direito e para a prática da generalidade de seus atos e negócios jurídicos”.

A legislação civil, em seus artigos 70 e 72 do Código Civil, apenas reconheceu o vínculo do ser humano com a sua residência, e o ânimo definitivo de ali permanecer, deixando de considerar a infinitude de interpretações que o vocábulo “domicílio” alcança, bem como o fato da proteção constitucional se estender a todas elas.¹⁹

Importa asseverar que a definição do termo “casa” foi instituída pelo legislador penal no art. 150, §4º, que elencou as possibilidades de compreensão do vocábulo: qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Não obstante, sobejaram no §5º do referido artigo as ocasiões que não se enquadram na palavra supracitada: hospedaria, estalagem, qualquer habitação coletiva - ressalvados aposentos de habitação coletiva -, taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.²⁰

Frisa-se que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao conceito de domicílio uma dupla finalidade de proteção, em que primeiramente casa é o espaço em que o ser humano exerce o direito à vida privada, mas também um espaço em

¹⁷ SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Manole, 2011. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 120.

¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Algumas considerações sobre o princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 1995. 11 v. p. 5-15.

¹⁹ VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 198.

²⁰ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 375.

que não há intervenção de terceiros e do poder estatal, conforme evidencia a obra de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²¹:

Assim, é possível afirmar que também no direito constitucional brasileiro trata-se de um conceito funcional de domicílio (casa), que serve a uma dupla finalidade de proteção: (a) como espaço de fruição da esfera privada o domicílio abrange não apenas habitações fixas, mas também espaços móveis, que servem ao recolhimento à privacidade, como uma barraca num acampamento, um barco ou um trailer; (b) a noção de domicílio também protege um espaço livre de intervenção que diz respeito à ocupação (mediante exclusão de terceiros e da autoridade estatal) para o exercício de atividades profissionais ou outras atividades lícitas²².

Respeitar o domicílio do próximo exprime a importância do espaço do ser humano, a relevância de existir um local onde não será importunado, permitindo a eficácia ao direito à segurança. Igualmente expõe o autor Guilherme de Moraes²³, o qual aduz que “A segurança do domicílio é desenhada como respeito ao espaço, delimitado e autônomo, reservado à vida íntima ou atividade profissional da pessoa, coincidente, ou não, com a habitação civil²⁴”.

Da mesma forma, assevera a autora Regina Maria Macedo Nery Ferrari²⁵, que define casa como “um ambiente que propicia o resguardo da privacidade, da intimidade, da vida privada do indivíduo. Assim, a proteção constitucional não tutela a propriedade em si, mas também o respeito a sua personalidade, a sua esfera íntima”.

Além disso, a interpretação constitucional do termo “casa” não somente assegurou o direito à intimidade e à privacidade, mas também se certificou que o domicílio fosse o local em que o ser humano expressasse suas diversas formas de liberdade, comprovando a complexidade e a necessidade de adaptações da palavra, consoante a percepção do autor André Ramos Tavares²⁶:

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 460.

²² Cf. Michael, Lothar; Morlok, Martin. Grundrechte, p. 195-196 *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO, loc. cit.

²³ MORAES, Guilherme de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 23 ago. 2018. p. 220.

²⁴ BERTOLO, Rubens Geraldi. **Direito à segurança do domicílio**. São Paulo: Método, 2003. p. 23.

²⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 611.

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 540.

A casa é, nesse sentido, um local a ser respeitado como “sagrada manifestação da pessoa humana”²⁷. Fica assegurado à pessoa um local dentro do qual pode exercer livremente sua privacidade, sem que seja importunado ou tenha de expor-se, em seu comportamento, ao conhecimento público. Engloba, ainda, a liberdade de conviver sob um mesmo teto com sua família (ascendentes e descendentes) e a liberdade de relação sexual, denominada intimidade sexual (entre o casal), e, dada a amplitude com que tem sido aceita, a liberdade de exercer sua profissão. Assim, acentua-se que o termo “casa” tem significado em parte diverso daquele que lhe confere a linguagem comum, ou até mesmo o Direito Privado. Para fins constitucionais, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, considera-se domicílio todo local delimitado que seja ocupado por alguém com exclusividade (não aberto ao público), a qualquer título. Entende-se que a relação estabelecida entre a pessoa e o espaço que ocupa implica uma expressão da própria personalidade, que há de ser resguardada em função da vida privada da pessoa.

Do mesmo modo deve ser reconhecida a liberdade de domicílio, consoante aduz José Afonso da Silva²⁸ “no sentido de que a pessoa tem o direito de mudar seu asilo individual e familiar, segundo sua escolha e conveniência, o que, aliás, é manifestação também da liberdade de locomoção [...]”.

Domicílio, segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁹ significa “um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima”.

Sob o viés constitucional, o domicílio do ser humano deixa de ser somente aquele caracterizado pelo senso comum: intenção definitiva de se estabelecer em determinado local. Ou seja, persevera o entendimento de que o domicílio é o local - delimitado e separado - que o indivíduo ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive na esfera profissional, segundo elucida Alexandre de Moraes³⁰:

Como já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, domicílio, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público, como é o caso típico dos escritórios profissionais. Como salientado por Giampolo Smanio³¹, “aquilo que for destinado especificamente para o exercício da profissão estará dentro da disposição legal”.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 189.

²⁸ Ibidem, p. 209.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 81.

³¹ SMANIO, Gianpolo Poggio. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 67 *apud* MORAES, loc. cit.

Destarte, apontam Walber Moura Agra, Paulo Bonavides e Jorge Miranda³² que tanto a jurisprudência, quanto a doutrina, “vêm conceituando amplamente o termo ‘casa’, fazendo compreender o escritório, o consultório, o local de trabalho, um local onde se passa uma temporada ou férias, de forma que a amplitude constitucional seja assegurada”.

Partindo-se do princípio de que o vocábulo domicílio pode ser compreendido nas suas variadas formas, desnecessário é o fato da aparência do local sob a devida proteção, como pondera Luís Roberto Barroso³³:

A demonstração do argumento se faz a partir da constatação de que de um mesmo enunciado se podem extrair diversas normas. Tome-se como ilustração, em primeiro lugar, o enunciado normativo do dispositivo materializado no inciso XI do art. 5º da Constituição: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. “Da literalidade de tal proposição resulta, inequivocamente, o direito individual à inviolabilidade do domicílio, da moradia de qualquer pessoa, mesmo que seja um simples “barraco”³⁴.

Ainda, o conceito engloba compartimentos de habitação coletiva e áreas adjacentes da residência, segundo expõe Cezar Roberto Bitencourt³⁵:

As dependências de casa, para integrarem o conceito jurídico-penal de casa, devem ser cercadas (gradeadas ou muradas), e são espaços acessórios ou complementares da morada ou habitação; entendem-se como tais dependências os anexos ou compartimentos conjugados, como jardim, quintal, pátio, garagem, pomar, adega etc. O que caracteriza a dependência da morada é a sua proximidade e interdependência, cujas atividades ali desenvolvidas são intimamente necessárias aos seus moradores.

³² AGRA, Walber Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 114.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 114.

³⁴ STF, Revista de Direito Administrativo, 210:270, 1997, SS 1.203/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “O conceito de domicílio compreende qualquer compartimento habitado. Não é lícito à autoridade pública invadir barracos, podendo apenas exercer o poder de polícia” *apud* BARROSO, loc. cit.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 656.

No que tange às peculiaridades quanto ao entendimento de domicílio, pouco importa que seja ele em terra ou não. Quanto aos locais abertos - ao público em geral -, como restaurantes e bares, resta mencionar que não são enquadrados na conceituação de domicílio, consoante aduz Gilmar Ferreira Mendes³⁶:

Esse lugar pode ser o da residência da pessoa, independentemente de ser própria, alugada ou ocupada em comodato, em visita etc. É irrelevante que a moradia seja fixa na terra ou não (um trailer ou um barco, e.g., podem qualificar-se como protegidos pela inviolabilidade de domicílio). Da mesma sorte, o dispositivo constitucional apanha um aposento de habitação coletiva (quarto de hotel, pensão ou de motel...) ³⁷. Não será domicílio a parte aberta às pessoas em geral de um bar ou de um restaurante ³⁸. A provisoriedade da permanência no recinto não lhe subtrai a característica de casa ³⁹. No conceito de casa incluem-se, ainda, o jardim, a garagem, as partes externas, muradas ou não, que se contêm nas divisas espaciais da propriedade ⁴⁰.

Quanto à ocupação de quarto de hotel, a qual também faz jus ao conceito de domicílio, é necessário o expresse consentimento do ocupante para a não entrada da camareira. Não obstante, no que concerne ao fato do advogado que responde à investigação criminal, não cabe o direito à inviolabilidade domiciliar. Em ambos os casos Rodrigo Padilha⁴¹ pontua que:

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - curso de direito constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 291.

³⁷ STF: HC 90.376, DJ de 18-6-2007, rel. Min. Celso de Mello. Explicitou-se que “esse amplo sentido conceitual da noção jurídica casa revela-se plenamente consentâneo com exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal” *apud* MENDES, loc. cit.

³⁸ Nesse sentido, MIRANDA, Rosângelo de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Direito, 1996. p. 125-126 *apud* MENDES, loc. cit.

³⁹ Cf. Paranhos Sampaio, citado por Dinorá Grotti, Inviolabilidade, cit., p. 75-76, que com ele expressamente concorda, ao afirmar: “se o aspecto principal da sua caracterização é o da exclusividade da ocupação, todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual, também é protegido pelo princípio” *apud* MENDES, loc. cit.

⁴⁰ Dinorá Grotti, Inviolabilidade, cit., p. 76 *apud* MENDES, loc. cit.

⁴¹ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 23 ago. 2018. não paginado.

Nesse sentido, domicílio, residência, habitação, clínica médica, escritórios (de advocacia e contabilidade, e.g.), trailer, quarto de hotel ocupado podem ser considerados casa⁴². Quanto a estes últimos, as camareiras possuem permissão tácita para ingressar em aposento de hotel, em razão do costume. Só estarão proibidas de entrar se houver manifestação expressa do ocupante. Merece menção o julgamento do Inquérito 2.424, no qual o Supremo entendeu que não ocorre a inviolabilidade do escritório de advocacia quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão⁴³.

Do narrado se assenta que a noção da palavra casa certamente foi inicialmente estabelecida pelo senso comum como um local fixo em que retornamos no final do dia e que esperamos não ser importunados, seja pelo poder estatal, seja por qualquer indivíduo indesejado. Porém, a significação do vocábulo atravessou diversos ajustamentos, que foram também acolhidos, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Através do entendimento da evolução da conceituação da palavra casa, é possível compreender a importância do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar e a sua extensão de proteção, sob o resguardo da constituição, que ao mesmo tempo que define o âmbito de proteção, também elenca as suas limitações.

2.3 A INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E SUAS RESTRIÇÕES

As constituições brasileiras sofreram modificações em seu texto que culminaram na construção do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

⁴² “Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domini), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)” (RHC 90.376, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2007, DJ 18.05.2007) *apud* PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 23 ago. 2018. não paginado.

⁴³ Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. [...] Inteligência do art. 5.º, X e XI, da CF; art. 150, § 4.º, III, do CP; e art. 7.º, II, da Lei 8.906/1994. [...] Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão” (Inq 2.424, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.11.2008, Plenário, DJE 26.03.2010) *apud* PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 23 ago. 2018. não paginado.

Com relação à evolução supramencionada, necessário se faz demonstrar as principais modificações quanto à composição do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, no âmbito constitucional, de acordo com o traçado histórico elaborado por Tales Castelo Branco⁴⁴:

A Constituição do Império prescrevia: “Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos e pela maneira que a lei determinar”⁴⁵.

A Constituição republicana de 1891 estabeleceu: “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”⁴⁶.

A Carta Magna (LGL\1988\3) de 1934, que representou um rápido lampejo democrático na escuridão ditatorial de então, reeditou a primeira Constituição Republicana (LGL\1988\3).⁴⁷

A Constituição de 1937, que Hélio Tornaghi insistiu sempre em denominar de regulamento, portaria etc.,⁴⁸ por ter sido uma carta política outorgada de cima para baixo, sem nenhuma consulta ao povo ou a seus representantes, assegurava: “A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”⁴⁹.

Com a redemocratização do País, em 1946, a Constituição Federal (LGL\1988\3) voltou praticamente à mesma enunciação da Carta Magna (LGL\1988\3) da Primeira República: “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”⁵⁰.

A Constituição de 1967, em dispositivo que também foi prestigiado pela EC n. 1, de 1969, modificou o texto anterior para editar a seguinte norma: “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”⁵¹.

A inviolabilidade domiciliar, entre o rol de direitos relativos à segurança pessoal, está devidamente elencada em primeiro lugar. A Constituição Federal de 1988, eleva o referido direito em seu art. 5º, inciso XI, evidenciando que a entrada no domicílio deve ter exposto consentimento do morador, excetuando os casos em

⁴⁴ BRANCO, Tales Castelo. Inviolabilidade domiciliar, buscas e apreensões e prisão em flagrante. **Revista do Instituto dos Advogados**, São Paulo, v. 14, 2004. p. 65-76.

⁴⁵ Art. 179, § 7.º *apud* BRANCO, loc. cit.

⁴⁶ Art. 7.º, § 11 *apud* BRANCO, loc. cit.

⁴⁷ Art. 113, § 16 *apud* BRANCO, loc. cit.

⁴⁸ Hélio Tornaghi. Op. cit., p. 353 *apud* BRANCO, loc. cit.

⁴⁹ Art. 122, § 6.º *apud* BRANCO, loc. cit.

⁵⁰ Art. 141, § 15 *apud* BRANCO, loc. cit.

⁵¹ Art. 153, § 10 *apud* BRANCO, loc. cit.

que houver flagrante delito, ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, mediante autorização judicial⁵².

É nesse sentido que Alexandre de Moraes⁵³ em sua obra classifica que os limites do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar devem ser respeitados pelos agentes públicos, bem como assevera que o referido direito não deve ser utilizado como garantia de impunidade de crimes:

A Constituição Federal, porém, estabelece exceções à inviolabilidade domiciliar. Assim, 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 ainda durante o dia, por determinação judicial.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam⁵⁴.

No que tange aos titulares do direito à inviolabilidade domiciliar, cabe evidenciar que podem ser pessoas físicas e jurídicas. Nas situações em que houver múltipla titularidade, compete ao chefe da casa, seja homem ou mulher, iguais em direitos e prerrogativas - consoante art. 226, §5º, da Constituição Federal -, ou da comunidade resolver o conflito. Aos dependentes e subordinados, concerne a faculdade apenas sob as dependências que lhes são designadas, prerrogativa que não impede do chefe da casa adentrar em todos os cômodos da residência.⁵⁵

Nota-se que o próprio texto constitucional se certificou de criar flexibilizações quanto ao direito da inviolabilidade domiciliar, demonstrando que o referido possui ressalvas.⁵⁶ Nesse contexto, cabe consignar as principais exceções quanto ao direito supramencionado, que segundo Walber de Moura Agra⁵⁷ são:

- a) Prestar socorro;
- b) Em caso de acidente;

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 337.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 81.

⁵⁴ RTJ, 74/88 e 84/302 *apud* MORAES, loc. cit.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291-292.

⁵⁶ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 376.

⁵⁷ AGRA, Walber Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 13 ago. 2018. não paginado.

- c) Em caso de flagrante delito – o flagrante delito pode ser previsto como a certeza visual de um crime e estando em curso um delito na casa, um policial pode entrar nela a qualquer hora, mesmo à noite; e
 d) por último, no caso de ordem judicial, durante o dia.

A expressão “durante o dia” indica o lapso temporal que vai das seis da manhã às dezoito horas, período em que a claridade da luz solar intimida a prática de arbitrariedades na violação do domicílio. Não parece razoável a tese de que a modificação no art. 172 do Código de Processo Civil brasileiro, realizada pela Lei nº 8.952/1994, permitindo a prática de atos processuais das seis da manhã às oito horas da noite, tenha, igualmente, possibilitado o cumprimento do mandado de prisão no mesmo horário. O Código de Processo Civil é uma norma infraconstitucional, sendo impossível que reformas de seu conteúdo possam modificar mandamentos constitucionais, mormente quando são cláusulas pétreas de proteção à cidadania.

Nesse diapasão, insta referir que a dimensão da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar se altera em conformidade ao ambiente. Os ambientes públicos recebem menos proteção do que os considerados privados, conforme assinala Marcelo Novelino⁵⁸:

Conforme o ambiente – público ou privado – em que a pessoa se encontre, a privacidade poderá receber maior ou menor proteção. Os atos praticados em locais reservados gozam de uma proteção mais intensa que os ocorridos em locais públicos. De todos os locais, aquele que recebeu o maior grau de proteção constitucional foi a casa, considerada asilo inviolável do indivíduo.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵⁹ pontuam que a entrada no domicílio é considerada lícita, a qualquer instante, se houver configurado o estado de flagrância, situação que caberá ao legislador definir. No entanto, quando do momento em que o flagrante for quebrado, a invasão será considerada proibida.

O desastre previsto como exceção ao direito da inviolabilidade domiciliar é aquele calamitoso, caracterizado por causar ameaça ou risco à vida do ser humano. Já nos casos em que a entrada se der com a finalidade de prestação de socorro, convém mencionar que o perigo que gera a necessidade de socorro pode não estar

⁵⁸ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. não paginado.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292.

ligado a evento calamitoso, mas impede - momentaneamente - o indivíduo de pedir auxílio, consoante exemplifica Gilmar Ferreira Mendes⁶⁰:

É válido também, em qualquer instante, o ingresso, independentemente de consentimento, em caso de desastre ou para prestar socorro. Desastre tem o sentido de acontecimento calamitoso, de que fazem exemplos a inundação, o deslizamento de terras e o incêndio. Trata-se do episódio que ameaça e põe em risco a saúde ou a vida de quem se encontra no recinto protegido constitucionalmente. Nesses casos, o domicílio pode ser invadido para salvar quem sofre o perigo. Permite-se, também, o ingresso na casa alheia para que quem está de fora possa salvar-se de um desastre, como no evento em que o indivíduo rompe a parede de prédio contíguo para escapar de incêndio no seu próprio edifício.

Outra hipótese prevista constitucionalmente é a do ingresso, sem prévia autorização, para prestar socorro. Esse socorro pode não estar ligado a acontecimento calamitoso. Tampouco será qualquer pretexto de auxílio que legitimará a entrada de pessoa não autorizada em domicílio alheio. É preciso, para que se penetre, sob esse fundamento, em casa alheia, que, ali, alguém esteja correndo sério risco e não se tenha como obter a permissão de entrada.

Nos casos em que o domicílio em que se pretende entrar não estiver com os moradores presentes, se houver a entrada, restará configurado o crime de invasão de domicílio, em razão da ausência dos moradores, de acordo com a explicação de Cezar Roberto Bitencourt⁶¹:

Casa desabitada não é *res nullius* e também tem proteção jurídicopenal; não a mesma proteção que se dá à casa habitada, enquanto asilo inviolável do cidadão, mas a invasão daquela, dependendo das circunstâncias, poderá constituir algum crime contra o patrimônio. No entanto, se houver invasão de casa habitada, cujos moradores se encontrem ausentes, tipificará o crime de invasão de domicílio, pois, a despeito da ausência dos “moradores”, o lugar permanece como “habitado” e repositório da intimidade e privacidade que caracterizam a vida doméstica daqueles. (grifo nosso).

Inexistindo qualquer uma das exceções constantes no inciso do artigo supracitado, apenas a autoridade judicial pode dar autorização para a entrada de alguém no domicílio, durante o dia e sem o consentimento do morador. Insta salientar que nem mesmo a autoridade policial, os membros do Ministério Público ou

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - curso de direito constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 292-294.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 655.

pertencentes à administração tributária podem entrar na casa do indivíduo sem o devido instrumento judicial.⁶²

Com relação ao momento do dia em que a entrada se dará, mediante autorização judicial, importa ressaltar que cada pessoa define o dia e a noite conforme convém, e por essa razão há uma certa discrepância na opinião dos autores com relação ao horário em que é devidamente acessível o domicílio - com a apresentação de mandado judicial -, segundo disserta o autor André Ramos Tavares⁶³:

Segundo José Afonso da Silva, “dia” é o período que vai das 6 horas da manhã até as 18 horas, vale dizer, tratar-se-ia de período preciso de tempo. Já Celso de Mello⁶⁴ entende que há de aplicar-se o critério físico-astronômico, ou seja, considerar-se dia o intervalo de tempo que se situe entre a aurora e o crepúsculo, proposta que, ao contrário daquela de José Afonso da Silva, implica considerar as particularidades de cada caso em especial.

Realizando uma síntese, Celso Bastos anota com muita prudência que há que atentar para algumas hipóteses que implicam uma apreciação conjunta das duas propostas. Assim, “Se por qualquer razão há uma mutação da hora oficial, haverá necessidade também de alterar-se a definição horária do que seja dia e noite. Será sempre inconstitucional uma invasão feita quando já não houver luminosidade solar, ainda que por invocação de uma hora oficial se possa concluir ser dia”⁶⁵.

Alexandre de Moraes, apesar de propor a “aplicação conjunta de ambos os critérios”, até mesmo para alcançar “a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio”, admite “a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18 horas”⁶⁶.

Denota-se que a doutrina estava tentando estipular um entendimento uníssono quanto ao conceito de “dia”. Sob essa circunstância, sobreveio a definição pelo STF, fundamentada no critério físico-astronômico, de que dia é o período de tempo entre a aurora e o crepúsculo.⁶⁷

⁶² SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Manole, 2011. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 120.

⁶³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 543-544.

⁶⁴ Celso de Mello, Constituição Federal Anotada, p. 335. Nesse sentido: Dinorá Musetti Grotti, Inviolabilidade do Domicílio na Constituição, p. 114 *apud* TAVARES, loc. cit.

⁶⁵ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, p. 69 *apud* TAVARES, loc. cit.

⁶⁶ Alexandre de Moraes, Direitos Humanos Fundamentais, p. 145 *apud* TAVARES, loc. cit.

⁶⁷ MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 442 *apud* PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 290.

Segundo a autora Ana Flávia Messa⁶⁸, qualquer atentado à inviolabilidade domiciliar é considerado abuso de autoridade, devidamente previsto no art. 3º da Lei n.º 4.898/1965. Havendo violência ou ameaça por parte do morador, quando do momento da prisão, o referido estará cometendo o crime de resistência. Nos casos em que a prisão for durante a noite, aquele que está executando a ordem deverá intimar o morador; deixando o executor de ser atendido, o mesmo deverá tornar a casa incomunicável, efetuando o cercamento do local e aguardando o amanhecer para o cumprimento do mandado.

Em contrapartida, Alexandre de Moraes⁶⁹ pontua que não deve ser considerado crime de resistência àquele que impede o executor de cumprir o mandado, em razão da extensão da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar:

Obviamente, em face da extensão da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, não se pode considerar caracterizado o crime de resistência ou desobediência, daquele que se recusa a permitir o acesso de autoridades policiais ou administrativas em sua residência ou escritório profissional fora das hipóteses excepcionais previstas pelo texto constitucional⁷⁰.

Outrossim, torna-se imprescindível o não consentimento do morador para que reste configurada a violação, segundo aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁷¹ o dissenso:

Pode ser expresso, isto é, manifestado por palavras, gestos, escritos e atos; ou tácito, quando se deduz de fatos, de comportamentos, de circunstâncias, no caso concreto, incompatíveis ou inconciliáveis com a vontade de consentir na entrada ou permanência. Presume-se o dissenso quando o crime é praticado clandestinamente ou astuciosamente.

Os demais casos, precedentes à constituição de 1988, que permitiam o ingresso no domicílio alheio, independente da vontade do morador e de autorização

⁶⁸ MESSA, Ana Flávia. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 388.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 27 ago. 2018. p. 59.

⁷⁰ Cf. STF – RE nº 460.880/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF, nº 496 *apud* MORAES, loc. cit.

⁷¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Algumas considerações sobre o princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 1995. 11 v. p. 5-15.

judicial, não remanesceram. Dessarte, são os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷²:

Por isso, diligências administrativas que suponham o ingresso na residência de alguém somente são legítimas se o morador consentir na conduta do agente administrativo ou se este estiver munido de autorização judicial⁷³. Tampouco podem agentes sanitários ingressar desautorizados em casa alheia. Nem mesmo para ler registros de água, luz etc. cabe forçar a entrada sem mandado judicial⁷⁴.

Registradas as principais características e exceções à garantia da inviolabilidade domiciliar, importa mencionar a flexibilização da interpretação do texto constitucional a todos os cenários - privados - em que o sujeito exerce sua intimidade, que se sobressaem ao significado literal do termo casa, abrangendo o local de trabalho, hotéis, pousadas, entre outros.

Ainda, chama atenção o fato das mudanças vultosas que a doutrina e a jurisprudência sofreram, com o desígnio de estender a garantia às situações já enumeradas, e assegurar ao indivíduo o direito de exercer a sua intimidade, vida privada e personalidade.

Outrossim, se percebe a magnitude do direito-garantia explicitado, uma vez que a sua devida compreensão não cabe somente ao indivíduo, mas também às autoridades, que devem exercê-lo, consoante o previsto constitucionalmente, uma vez que ao deixar de respeitá-lo podem incorrer ao crime estipulado como abuso de autoridade ou violação de domicílio, bem como prejudicar as provas colhidas sob o crivo do dissenso do morador.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292.

⁷³ Nesse sentido, Dinorá Grotti, *Inviolabilidade*, cit., p. 115. Assim não está mais em vigor a permissão, extraída do art. 241 do CPP, para que a autoridade policial realize, por si mesma, a busca domiciliar. Toda busca deve ser feita ou com o consentimento do morador, ou por força de mandado judicial *apud* MENDES; BRANCO, loc. cit.

⁷⁴ Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos, José Cretella Júnior e Luiz Augusto Paranhos Sampaio, citados por Dinorá Grotti, *Inviolabilidade*, cit., p. 125-126 *apud* MENDES; BRANCO, loc. cit.

3 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA ESFERA PENAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE

O direito da inviolabilidade de domicílio não se restringe somente ao âmbito constitucional. Para que se possa discorrer sobre o direito supramencionado e analisar as jurisprudências que serão apontadas oportunamente, deve se entender que o referido está previsto também no Código Penal, sendo de suma importância respeitar as exceções já enumeradas, bem como o fato de que quando as restrições não forem observadas pelas autoridades, em sede de flagrante e busca e apreensão, poderá tornar ilícita as provas colhidas ou até mesmo ocasionar a responsabilização penal do agente.

3.1 O ESTADO DE FLAGRÂNCIA COMO MEDIDA RESTRITIVA

A inviolabilidade domiciliar estabelece que o ingresso no domicílio ocorra em casos de flagrante delito, para prestação de socorro ou desastre, quando não houver o consentimento expresso ou tácito do morador, bem como permite a entrada durante o dia, mediante apresentação do instrumento judicial conhecido como mandado. No que tange à situação de flagrante delito, importa mencionar os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes⁷⁵:

Em caso de flagrante delito, a autoridade pode forçar a entrada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo no período noturno. O flagrante pode ser relativo a crime permanente, ainda que praticado sem violência ou grave ameaça, sendo desnecessária a demonstração de urgência na medida. No entanto, o STF decidiu em repercussão geral que a entrada deve estar “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”⁷⁶.

As excepcionalidades da inviolabilidade domiciliar devem ser respeitadas não somente pelo simples fato de estarem previstas constitucionalmente, mas também porque deixando de considerar algum dos fatores elencados, a prova processual pode restar prejudicada. No caso do flagrante, uma das restrições

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - curso de direito constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 605.

⁷⁶ RE 603.616, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 6-11-2015 *apud* MENDES, loc. cit.

comentadas, qualquer indivíduo poderá entrar na residência, ainda que sem mandado, durante o dia ou à noite, quando estiver configurada a situação de flagrância. Isto posto, segue o entendimento de Renato Marcão⁷⁷:

Conforme se extrai da Constituição Federal e do CPP, a prisão em flagrante não tem por finalidade a prisão do investigado, mas permitir a colheita da prova disponível, referente a todas as circunstâncias do delito quando ainda permeado de atualidade, o que sem sombra de dúvida representa vantagens em termos de apuração dos fatos.

Tanto isso é exato que sempre se permitiu, e ainda se permite, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a subsequente soltura do autuado mediante liberdade provisória – com ou sem fiança, a depender da hipótese –, salvo quando presentes os requisitos para a decretação de prisão temporária (Lei n. 7.960/89) ou preventiva (CPP, arts. 311 a 313).

No entanto, não é qualquer acontecimento que faz com que o flagrante reste estabelecido. De acordo com Fernando Capez⁷⁸ “O termo ‘flagrante’ provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, que está sendo ou acabou de ser cometido” (grifo nosso). Ainda, acerca segregação advinda da condição de flagrância, convém mencionar as palavras de Paulo Rangel⁷⁹:

A regra é a liberdade, a prisão é a exceção. Assim, esta somente se justifica com o objetivo de restabelecer a ordem jurídica que foi violada com o comportamento nocivo do autor do fato. Trata-se de um mal necessário, que tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem. Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social).

A prisão em flagrante tem como fundamentos: evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria.

Para efeitos de prisão em flagrante, não há necessidade de mandado, tendo em vista a certeza da ocorrência da infração penal. Destarte, para que seja enquadrado o fato à situação de flagrância, é indispensável a existência de provas quanto à infração, bem como a convicção de quem é o autor do fato. É sob esse preceito que se efetuam prisões de indivíduos que estão acabando de cometer um

⁷⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 666.

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Processo penal simplificado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. p. 149.

⁷⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 772.

delito.⁸⁰ Nesta senda, se faz necessário os dizeres do autor Antônio Alberto Machado⁸¹:

Aliás, essa é a única exceção que se admite ao comando constitucional de que ninguém será recolhido à prisão, a não ser por ordem judicial (art. 5º, LXI, da CF). De fato, esse dispositivo da Carta Magna, como também o art. 283 do CPP, estabelecem expressamente que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Desde já, insta referir que não são somente as autoridades que podem efetuar a prisão em flagrante. Consoante artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa do povo poderá e seus agentes deverão prender o indivíduo encontrado em flagrante delito. O referido artigo é complementado pelo seguinte (302 do CPP), o qual classifica as situações que constituem estado de flagrância, segundo expõe a autora Denise Neves Abade⁸²:

Considera-se em flagrante delito (art. 302, CPP) quem está cometendo a infração penal; quem acaba de cometê-la; quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração ou quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. No caso das infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

O executor da prisão em flagrante, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci⁸³, “fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação do magistrado, que poderá relaxá-la quando vislumbrar ilegalidade (art. 5º, LXV, CF)”.

Além disso, o flagrante se divide em diversas formas. A primeira delas é o flagrante delito próprio, conhecido como aquele propriamente dito, no qual o indivíduo é surpreendido quando do momento em que está a cometer a infração

⁸⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

⁸¹ MACHADO, Antônio Albert. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 ago. 2018. p. 637.

⁸² ABADE, Denise Neves. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Método, 2014. (Série carreiras federais). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 601.

penal ou, ainda, quando acaba de cometê-la. Com relação à última suposição, é importante que o agente seja localizado, de modo imediato, após o cometimento do crime - sem que haja qualquer lapso temporal.⁸⁴

O flagrante denominado impróprio é aquele em que apesar do agente não ser surpreendido, empreende-se buscas - ininterruptas - na tentativa de localizar o referido, que ao final é encontrado e preso. A perseguição pode ser realizada pela autoridade, por qualquer pessoa e até mesmo pelos agentes, sendo imprescindível apenas que seja logo após o cometimento da infração, caracterizando busca pelo agente ato contínuo à execução do crime.⁸⁵

O flagrante presumido é aquele em que o sujeito é preso momentos depois de cometer o delito, com objetos - armas, papéis, entre outros - que permitem pressupor que o referido é o devido autor do crime. Ou seja, não exige que se tenha a perseguição - como nos casos de flagrante impróprio -, basta que o indivíduo seja localizado em ocasião suspeita, que possibilite conjecturar ser ele o responsável pelo delito.⁸⁶

Contudo, durante a perseguição, o sujeito pode passar de um município ao outro, cabendo ao executor do flagrante realizar a prisão no local em que o referido esteja, e, instantaneamente, entregar o indivíduo à autoridade local. Se as autoridades não tiverem plena certeza quanto à legitimidade do executor, ou da veracidade do mandado, o réu poderá ser colocado sob custódia, até que a hesitação seja sanada.⁸⁷ Quanto à recusa do morador à entrada do executor, Eugênio Pacelli⁸⁸ explica que:

Na hipótese de o morador se recusar a entregar a pessoa, de maneira a se caracterizar possível prática de crime de favorecimento (art. 348, CP), o executor do mandado poderá conduzi-la à autoridade policial para a lavratura do flagrante (art. 293, parágrafo único, CPP).

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. p. 321.

⁸⁵ AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

⁸⁶ CAPEZ, loc. cit.

⁸⁷ ABADE, Denise Neves. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Método, 2014. (Série carreiras federais). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

⁸⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 584.

O flagrante compulsório ou obrigatório está previsto no artigo. 301 do Código de Processo Penal, definido como aquele em que a autoridade policial e seus agentes possuem a atribuição e obrigação de realizar a prisão do sujeito. Ao contrário do facultativo, no qual não se possui obrigatoriedade, assim como a prisão pode ser efetuada por qualquer pessoa do povo.⁸⁹

Quanto ao flagrante preparado, se adotou o entendimento consolidado através da Súmula 145 do STF, a qual disserta que esse estado de flagrância geralmente decorre de um crime impossível, justificando nas palavras de Yuri Carneiro Coelho⁹⁰ “que o induzimento e a ocorrência da situação de flagrante impediria a consumação”.

Cabe ressaltar que a modalidade de flagrante preparado é considerada ilegal, consoante os apontamentos do autor Aury Lopes Júnior⁹¹:

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. BITENCOURT⁹² explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal). É uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.

As mudanças significativas na Lei n.º 12.403/2011 implementaram que o magistrado, quando do momento em que recebe o auto de prisão em flagrante, deve adotar as medidas previstas no art. 310 do CPP - relaxamento de prisão, conversão da prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP ou conceder a liberdade provisória, sob fiança ou não. Por conseguinte, consoante Guilherme de Souza Nucci⁹³, “não há mais espaço para que juiz simplesmente mantenha a prisão em flagrante, considerando-a em ordem. Ele deve

⁸⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 142.

⁹⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**: atualizado de acordo com as leis n.ºs 12.971/14 e 13.104/15. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 set. 2018. p. 257.

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 set. 2018. p. 609.

⁹² BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 409 *apud* LOPES JUNIOR, loc. cit.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 601.

convertê-la em preventiva ou determinar a soltura do indiciado, por meio da liberdade provisória”.

Com relação às modalidades de flagrância elencadas, se nota a importância da identificação e interpretação da situação e espécie de flagrante, cuja prisão poderá ser feita por qualquer do povo. Aliado à inviolabilidade domiciliar, o estado de flagrância permite que o processo siga seu curso normal, quando devidamente feito, mas também, pode acarretar em nulidade, quando houver equívoco ou abuso no ato da prisão.

Não basta simplesmente o executor entrar na residência do indivíduo sob o simples argumento da configuração do estado de flagrância, é necessário também que o ingresso no domicílio seja fundamentado devidamente, ou seja, alicerçado sob justificadas as razões pelas quais se pretende entrar. Mais uma vez, o Direito Constitucional e o Direito Penal aliam-se na proteção do indivíduo, na presunção de sua inocência, para no momento em que o direito fundamental não for obedecido, haja a sanção penal capaz de repreender àquele que o violou.

Ademais, o flagrante deve estar adequadamente estabelecido, sob fundadas razões, levando-se em conta a certeza da autoria do delito, e não deixando de considerar a proteção da presunção de inocência. Na medida em que esse direito é violado, sob o viés da inviolabilidade domiciliar, pode o executor incorrer na sanção penal da violação de domicílio, e para os casos em que for a autoridade policial, poderá responder por abuso de autoridade.

Salienta-se que muito se fala acerca do flagrante preparado⁹⁴, uma vez que sua ilegalidade decorre do fato de que não haveria, em tese, o crime, se o mesmo não fosse estimulado por àqueles que o investigam, e é exatamente por isso que a interpretação majoritária é de que nesse caso, o flagrante é ilegal, e todas as provas decorrentes dele são passíveis de nulidade.

Nesta senda, se extrai o revés que o estado de flagrância enfrenta para se tornar uma medida restritiva. De um lado há a segregação, em prol da sociedade e da celeridade processual; de outro, há o indivíduo que está sob a proteção da inviolabilidade domiciliar, do princípio de presunção de inocência, e de diversos

⁹⁴ É uma das espécies de flagrante, onde o agente, ou até mesmo a vítima, induz o indivíduo à prática de um delito, tomando o devido cuidado a fim de tornar impossível sua consumação. DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

direitos fundamentais abarcados na Constituição Federal de 1988. Resta às autoridades - policial e judiciária - ponderar no cumprimento do seu dever, buscando o equilíbrio entre um e outro.

3.2 O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E SUA EXTENSÃO SOB CRIME PERMANENTE

O direito fundamental da inviolabilidade domiciliar não está restrito ao âmbito constitucional. Como já mencionado, a inviolabilidade domiciliar e as suas restrições devem ser consideradas quando do instante do ingresso no domicílio, uma vez que deixando de observar uma das suas exceções, o executor da entrada incorrerá na sanção prevista no artigo 150 do Código Penal.

No que tange à evolução histórica do crime de violação de domicílio, o que se sabe é que em um primeiro momento o delito não era previsto na esfera penal, mas já havia a proteção quanto à casa, consoante o autor Pedro de Campos⁹⁵ explicita:

Considerações gerais: no direito penal romano não havia previsão de delito de violação de domicílio, mas a casa era considerada sagrada, sendo protegida pela divindade. A Lex Cornelia equiparava a violação de domicílio às demais modalidades de injúria; a proteção poderia ser exercida não apenas pelo proprietário, mas também por aquele que habitasse o local, quer fosse inquilino, quer fosse hóspede. O direito canônico cominava a pena de excomunhão para aqueles que violassem os monastérios, considerando sacrilégio a violação das igrejas e mesmo das residências próximas. Essa proteção se reverteu em verdadeiro asilo aos réus, que não podiam ser dali retirados. Na Idade Média a inviolabilidade do domicílio sofreu um enorme retrocesso. Isso perdurou até a Revolução Francesa, quando a inviolabilidade do domicílio passou a ser uma extensão dos direitos do cidadão. O Código Criminal do Império (1830) incriminava a conduta daquele que ingressasse em casa alheia, mesmo agindo sem violência. O Código Penal de 1890 considerou o delito de inviolabilidade de domicílio lesivo ao livre gozo e exercício dos direitos individuais. O vigente Código Penal (1940) elenca a violação de domicílio entre os crimes contra a liberdade individual.

O Código Penal se preocupou em proteger não apenas o domicílio descrito pelo legislador civil - aquele em que o sujeito reside com ânimo definitivo -, como também estendeu o conceito a qualquer compartimento habitado, consoante aponta

⁹⁵ CAMPOS, Pedro de. **Direito penal aplicado**: parte especial do código penal (arts. 121 a 361). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://ucsvirtual.uces.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 14 set. 2018. p. 425.

o autor Damásio de Jesus⁹⁶ “Tutela-se o direito ao sossego, no local de habitação, seja permanente, seja transitório ou eventual. Assim, a expressão ‘casa’ não tem as dimensões da expressão ‘domicílio’ contida no Direito Civil”.

Convém retratar que o tipo penal constante no artigo supramencionado, nas palavras de Eduardo Santos Cabette⁹⁷ “Consiste o crime na entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências clandestina ou astuciosamente ou contra a vontade expressa ou tácita do morador ou de quem de direito”.

Percebe-se no referido conceito o vocábulo casa, mas também suas dependências, incluídas como passíveis de sanção penal. Ainda, nota-se que o crime se constitui quando o ingresso se der “clandestinamente” ou “astuciosamente”, demonstrando que se qualquer do povo entrar de modo ilegal ou oculto, permitindo que o morador não tenha ciência de que há uma pessoa, sem sua autorização, no interior de seu domicílio, irá incorrer no referido artigo.

O sujeito ativo da referida sanção penal é qualquer indivíduo, podendo inclusive ser o proprietário do imóvel - se não estiver na posse -, como ocorre a exemplo nos contratos de locação, comodato, entre outros. O sujeito passivo é aquele que está na condição de representante do proprietário, por morar no local, ou está sob a posse do referido imóvel. Não obstante, nas ocasiões em que houver habitação coletiva, todos os moradores são capazes de opinar quanto à permanência do indivíduo no local, sendo que a proibição permanece, caso haja divergência.⁹⁸

Assim sendo, a consumação do delito se dá no momento em que há o ingresso no domicílio, sem a autorização do morador, independente do meio utilizado para o ingresso. A consumação do crime também poderá acontecer quando o agente permanecer no interior da casa, em tempo superior ao necessário, mesmo nos casos em que houver sido solicitada a sua retirada.⁹⁹ Neste diapasão, segue o entendimento de Fernando Galvão¹⁰⁰:

⁹⁶ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 15 set. 2018. p. 308.

⁹⁷ CABETTE, Eduardo Santos. **Direito penal**: parte especial I: arts. 121 a 212. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 15 set. 2018. p. 96.

⁹⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 356.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 660.

¹⁰⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 15 set. 2018. p. 393.

O tipo incriminador mencionou a execução do crime de maneira clandestina ou astuciosa como exemplos de situações em que a oposição do morador é tácita (presumida). Mas, qualquer forma de violação da vontade do morador quanto à entrada ou permanência da pessoa no interior da casa, seja tácita ou expressa, permite a caracterização do crime em exame. Por isso, o consentimento do ofendido é causa excludente da tipicidade por impedir a imputação objetiva da violação da norma jurídico-penal. O indivíduo que consente com a entrada ou permanência do sujeito, ainda que este tenha realizado a conduta de maneira clandestina ou astuciosa, faz uma escolha e, assim, exerce plenamente a sua liberdade individual. Se o indivíduo pôde escolher por consentir com a conduta do sujeito ativo, não será possível reconhecer relevância jurídica em sua entrada ou permanência na casa.

No §1º do art. 150 do CP estão enumeradas as qualificadoras do crime de violação de domicílio. No que tange à qualificadora do fato ser cometido durante a noite, André Estefam¹⁰¹ expõe que “Entende-se por noite o período que vai do crepúsculo até a aurora¹⁰². Justifica-se a gravidade do ato e, portanto, a incidência da qualificadora, dada a maior dificuldade em coibir a invasão do domicílio no período noturno”.

A segunda hipótese mencionada no §1º equivale ao crime de violação de domicílio praticado em local ermo, o qual Cleber Masson¹⁰³ explica que “Ermo é o local habitualmente abandonado e afastado dos centros urbanos, no qual o socorro é mais difícil, tornando deveras remota a chance de defesa por parte da vítima”. Já quanto a terceira forma de qualificadora, Paulo César Busato¹⁰⁴ afirma que:

A terceira forma qualificada é a realização da violação de domicílio com emprego de violência. Quando se fala em violência, a menção é à violência perpetrada contra pessoa, no caso, contra a vítima da violação de domicílio. Evidentemente, com a violência, afasta-se a defesa que a vítima possa ter contra o ataque ao seu domicílio.

Ainda, existe a qualificadora para quando a violação de domicílio for exercida com a utilização de arma de fogo, sobre a qual Pedro de Campos¹⁰⁵ pontua que “trata-se tanto de arma própria (revólver, pistola, punhal) quanto imprópria (faca,

¹⁰¹ ESTEFAM, Andre. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234-B). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 380.

¹⁰² JTACrSP 46/155 *apud* ESTEFAM, loc. cit.

¹⁰³ MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 319.

¹⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 356.

¹⁰⁵ CAMPOS, Pedro de. **Direito penal aplicado**: parte especial do código penal (arts. 121 a 361). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 14 set. 2018. p. 429.

machado, estilete). O porte, por si só, não caracteriza a majorante, pois a arma tem de ser utilizada, ao menos, para a ameaça”.

Quanto à qualificadora referente ao concurso de pessoas, denota-se pelo próprio texto legal a exigência de duas ou mais pessoas no local em que ocorreu violação de domicílio, deixando claro que a comunhão de vontades e conjugação de esforços permitiu na eficácia ou consumação da prática criminosa, sendo necessária a participação determinante do coautor.¹⁰⁶

No §2º, do art. supramencionado, está previsto um dos casos de aumento de pena, consistente na atuação do funcionário público, quando não observadas as formalidades previstas em lei, ou com abuso de poder, terá a aumentada a pena em um terço. Já no §3º estão elencadas as causas de exclusão da ilicitude, caracterizadas pela entrada no domicílio, com observância às formalidades legais a fim de efetuar prisão ou cumprimento de diligência, ou ainda durante o dia e à noite, quando algum crime está sendo praticado ou virá a acontecer.

Fernando Capez¹⁰⁷ pondera que “A Constituição Federal enumera em seu art. 5º, XI, outras causas excludentes não previstas no parágrafo em estudo”. Ou seja, se o ingresso no domicílio ocorrer nas ocasiões já previstas constitucionalmente - flagrante, desastre ou para prestar socorro - não será considerado crime, e portanto, não irá incorrer sob a sanção penal.

Apontado o tipo penal do artigo 150, suas principais qualificadoras e causas de aumento de pena, insta salientar que o crime de violação de domicílio não é de fato isolado aos demais crimes e em razão das jurisprudências a serem analisadas no capítulo seguinte, necessário se faz asseverar a sua incidência sobre os crimes permanentes, visto as constantes mudanças de entendimento, levando-se em conta o contexto em que o crime é cometido.

Os crimes permanentes são caracterizados pelo fato de sua consumação de prolongar no tempo, melhor dizendo, nas palavras de Cristiano Rodrigues¹⁰⁸ “esses crimes se consumam em determinado momento, mas permanecem em consumação

¹⁰⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 357.

¹⁰⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 387.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Cristiano. **Direito penal**: parte geral I - princípios até teoria de delito. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito 4). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 59.

durante certo período de tempo. A etapa da consumação não se esgota com a sua ocorrência; ela perdura e se protraí por certo período de tempo”.

Além da característica de se prolongar no tempo, e do bem jurídico ser continuamente agredido, o crime permanente possui o fato de apenas cessar por vontade do agente, o que retrata seu caráter extensivo.¹⁰⁹ Como é o caso por exemplo dos crimes de sequestro, tráfico de drogas, entre outros, nos quais a consumação é nitidamente delimitada pelo agente, podendo perdurar o tempo que for, de acordo com a permanência do crime.

Importante aludir que, consoante art. 303 do CPP, o estado de flagrância sob o viés do crime permanente perdura juntamente com o ato criminoso, ainda que no momento da captura o indivíduo não esteja presente no local do fato, ou que o delito tenha começado há bastante tempo.¹¹⁰ Neste sentido, Antônio Alberto Machado¹¹¹ esclarece que:

É o que pode ocorrer, por exemplo, com os casos de tráfico de entorpecentes cuja prática se estende por tempo indefinido. Em casos assim, o STJ já entendeu que “sendo a posse de substância entorpecente crime permanente, não desnatura o flagrante a circunstância da detenção ter ocorrido em local diverso daquele em que se guardava a droga” (RT 810/554).

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior¹¹² assinala:

Da mesma forma, enquanto o agente tiver em depósito ou guardar drogas para entregar a consumo ou fornecer (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), haverá uma situação de flagrante permanente.

É importante recordar que o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar, anteriormente tratada. Isso porque, como já explicamos, enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar etc.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial (art. 5o, XI, da Constituição).

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 19 set. 2018. p. 283.

¹¹⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 ago. 2018. p. 645.

¹¹¹ MACHADO, loc. cit.

¹¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 set. 2018. p. 607.

O crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, tem em seu texto legal os atos de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, mesmo que gratuitamente, em desacordo com a lei regulamentar.

Ocorre que enquanto um desses tipos penais é realizado nas dependências ou no próprio domicílio, o caráter permanente se perfaz, e por conseguinte, o estado de flagrância se mantém, dando ensejo ao ingresso, a qualquer momento, independente do agente estar na posse de mandado judicial, uma vez que o estado de flagrância se protraí, e só cessa quando não houver mais a substância entorpecente no interior do domicílio.

Desde já é importante mencionar, como já anteriormente foi abordado, que somente o caráter permanente do crime não autoriza a quebra do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, uma vez que é necessário que o flagrante esteja configurado sob fundadas razões. Ou seja, para fins de entrada de domicílio, o estado de flagrância deve estar devidamente amparado em razões palpáveis, não havendo motivo para entrada quando houver somente fato conhecido como crime permanente.

Contingência comum no âmbito jurídico o fato do tráfico de drogas decorrente de infiltração policial, em que a defesa alega ser flagrante preparado, sob o argumento de que o crime não teria se consumado se não houvesse a compra por parte do agente e que se trata de flagrante preparado.¹¹³ No entanto, na circunstância exemplificada, Renato Marcão¹¹⁴ ressalva que:

Na hipótese exemplificada, não ocorre flagrante preparado, pois o delito já estava caracterizado desde o momento em que o sujeito passivo do flagrante passou a ter em seu poder a droga que era destinada ao consumo de terceiros, de modo a evidenciar crime permanente, não sendo ocioso lembrar que nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (CPP, art. 303).

A conduta policial em nada influenciou na consumação do crime de tráfico, já configurado em sua plenitude com a prática de qualquer outro verbo típico (adquirir; ter em depósito; trazer consigo; guardar etc.).

Quando da ação policial, simulando condição de comprador, o crime de tráfico já estava consumado, até porque à configuração do referido delito não se exige seja o criminoso surpreendido na venda de droga a terceiros.

¹¹³ MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 733.

¹¹⁴ Ibidem, p. 733-734.

Não existe flagrante preparado quando o crime não resulta da ação direta do agente provocador. Estando a droga em poder e à disposição do traficante, destinada a consumo de terceiros, não há de cogitar de flagrante preparado. Evidencia-se o denominado flagrante esperado.

Verifica-se a constante presença da relação do conceito de crime permanente ao exemplo do tráfico de drogas, e os diversos desmembramentos que o assunto permite, que se estendem ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar. Através do crime de traficância é possível perceber os conceitos já abordados desde o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, o estado de flagrância como medida restritiva, a sanção penal da violação de domicílio sob o aspecto do crime permanente. Circunstâncias que, se forem observadas, acarretam na eficácia da licitude da prova, como veremos a seguir.

3.3 A BUSCA E A APREENSÃO DOMICILIAR E A ILICITUDE DA PROVA

Como já mencionado, o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar não se restringe somente ao viés constitucional, seu âmbito de proteção se estende à matéria penal e garante que a produção de provas ocorra de modo que o indivíduo não reste prejudicado, evitando que os direitos previstos constitucionalmente sejam feridos pelo modo em que as provas foram colhidas. Nesta senda, Gilmar Ferreira Mendes¹¹⁵ alude:

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, in fine), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros. A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal. Assente revela-se, igualmente, a não obrigatoriedade de fazer prova contra si mesmo, materializada em uma série de faculdades, como a de recusar-se a depor (direito ao silêncio) e, em alguma medida, a de adotar condutas ativas e passivas, que possam comprometer a defesa.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - curso de direito constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 575.

Primeiramente, cabe esclarecer que busca é a diligência efetuada na tentativa de localizar uma pessoa ou coisas de origem ilícita, e apreensão é a medida posterior à busca, uma vez que encontrada, a pessoa ou o objeto a que se procurava, o passo seguinte será a apreensão. Resta claro que a finalidade da busca é a respectiva apreensão, e que muitas vezes podem ocorrer casos em que a apreensão seja feita sem a busca, como quando o próprio acusado fornece à autoridade acesso ao instrumento do crime.¹¹⁶

A busca e a apreensão são caracterizadas por serem medidas de natureza mista. Dependendo do caso, a busca pode ser um ato que antecede à apreensão do produto do crime, ou até mesmo meio de prova, mediante autorização do juiz, a fim de se proceder uma perícia a domicílio. A apreensão também possui os mesmos aspectos, podendo corresponder à tomada de um bem para assegurar o direito de indenização do ofendido, como pode ter a finalidade de dar eficácia à prova.¹¹⁷

A busca possui duas modalidades: domiciliar e pessoal. Antônio Alberto Machado¹¹⁸ aduz que “A primeira, como é óbvio, refere-se à diligência realizada no domicílio de alguém, e é conhecida no jargão policial também como varejo; a segunda é aquela realizada diretamente na própria pessoa, também conhecida como revista pessoal”.

No tocante ao momento em que a busca e a apreensão podem ser efetuadas, Guilherme de Souza Nucci¹¹⁹ explicita que:

Podem ocorrer, tanto a busca, quanto a apreensão em fase preparatória a um procedimento policial ou judicial (como ocorre quando, por fundada suspeita, um policial aborda alguém, encontra uma arma proibida, detendo a pessoa e apreendendo o objeto), durante a investigação policial, com ou sem inquérito (por vezes, após o registro de uma ocorrência e, antes mesmo da instauração do inquérito, a autoridade policial realiza uma busca e apreensão), durante a instrução do processo judicial e ao longo da execução penal (estando o sentenciado em liberdade, nada impede que o juiz determine uma busca em seu domicílio, para constatar se ele se encontra lá recolhido no período estabelecido como condição para o livramento condicional ou para a prisão albergue domiciliar).

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v. p. 357-358.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 527.

¹¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 ago. 2018. p. 714.

¹¹⁹ NUCCI, op. cit., p. 527-528.

Ainda, no que tange à busca domiciliar é indispensável ordem escrita e fundamentada (art. 5º, XI, CF), local preciso em que será efetuada a busca (art. 243, CPP), bem como que a realização da diligência seja no período do dia - ressalvando a hipótese de ser durante a noite, se obtiver consentimento do morador -, e que o uso de força e de arrombamento seja utilizado somente nos casos estritamente necessários, como em situações de desobediência, ausência do morador ou de qualquer sujeito no local (art. 245, §3º e §4º do CPP).¹²⁰

Cabe ressaltar que a busca e apreensão efetuada em casos de flagrante delito, sob desastre ou a fim de prestar socorro dispensam também ordem judicial. Abordadas as principais excepcionalidades quanto à busca domiciliar, insta salientar que as demais circunstâncias estão condicionadas à aprovação da autoridade judiciária, e deverão estar embasadas em fundadas razões.¹²¹ Neste sentido, Norberto Avena¹²² menciona que:

Divergem, como se vê, as razões que determinam a busca domiciliar daquelas que autorizam a busca pessoal, para as quais é suficiente a existência de fundada suspeita de que alguém esteja na posse dos objetos mencionados em lei (art. 240, § 2.º, do CPP), parâmetro este de ordem mais subjetiva e que dispensa fundamentação ou indicação de motivos concretos.

O agente responsável pela medida deverá justificar a iminência do mandado, demonstrando a real situação de risco, que exige que a busca seja efetuada. Nos casos em que não restar comprovada a urgência da ordem judicial, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer¹²³ explicam que “ainda que derivada de erro cometido em boa-fé pelo agente público, poderá dar azo à invalidação da diligência”.

Quando a busca e apreensão forem realizadas pela própria autoridade judiciária, não haverá a necessidade de mandado. Nas circunstâncias em que a autoridade judicial não realizar pessoalmente a diligência, o mandado se fará necessário, sendo que no devido instrumento deverá conter o local preciso - com

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 359.

¹²¹ AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

¹²² AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. não paginado.

¹²³ PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 480.

nome do morador ou proprietário -, a finalidade da diligência, ser subscrito por escrivão e assinado pela autoridade competente.¹²⁴

Nas ocasiões em que a busca domiciliar ocorrer com mandado, Fernando da Costa Tourinho Filho¹²⁵ expõe que:

De posse do mandado, os *executores* (em número nunca inferior a *dois*, pois o art. 245 fala em “executores”, e, em executores, no plural, fala também o §7.º do art. 245) dirigir-se-ão, durante o dia, à casa onde deva ser realizada a diligência, e lá chegando, deverão mostrar o mandado e proceder a sua leitura ao morador ou a quem o represente, notificando-o, a seguir, a abrir a porta.

Deverão os executores, pelos meios suasórios, conseguir a permissão para a entrada na casa. Se o morador não o permitir, poderão arrombar a porta e forçar a entrada, procedendo, em seguida, à busca e apreensão. Se o morador recalcitrar, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para a descoberta do que se procura. Encontrado aquilo que se busca, proceder-se-á à apreensão, colocando-o sob custódia da autoridade ou seus agentes. (grifo do autor).

Contudo, Guilherme de Souza Nucci¹²⁶ menciona em sua obra que a busca efetuada apenas com um executor não deve ser considerada ilícita, apenas por apego à letra da lei, contrapondo a opinião do autor Fernando da Costa Tourinho Filho. Ainda, o autor aduz que se levasse à risca o plural nos demais artigos, citando como exemplo o art. 245, §4º do CPP, em que há a utilização do termo moradores, logo se exigiria a presença de mais de um morador quando do cumprimento da busca.

Se o morador não estiver presente na ocasião da execução do mandado, a diligência não restará frustrada, podendo a porta ser arrombada, bem como serem utilizados os meios disponíveis na tentativa de localização. Na situação exposta, ou até mesmo nos casos em que as pessoas presentes não tiverem capacidade para consentir - menores de idade ou doentes mentais -, o agente poderá intimar um vizinho para acompanhar o cumprimento da busca e apreensão.¹²⁷

No art. 245, em seu §7º, do CPP, há a exigência de duas testemunhas presenciais no instante da execução do mandado, tendo em vista que a busca domiciliar é uma exceção à inviolabilidade domiciliar, prevista na Constituição de

¹²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v. p. 366.

¹²⁵ Ibidem, p. 370.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 545.

¹²⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Podivm, 2010. p. 439.

1988. Desta forma, é primordial que a medida seja realizada com a devida cautela, observando as formalidades legais.¹²⁸

Nos casos em que a busca domiciliar iniciar durante o dia, bem como a autoridade perceber que o seu cumprimento poderá se estender além das 18 horas, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹²⁹ afirmam que o executor do mandado “deve interromper a diligência, cercando-se dos cuidados para que os objetos procurados não sejam sonegados, e se necessário, fazendo campana em frente ao imóvel, para que no dia subsequente, pela manhã a busca se reinicie”.

Os objetos que restarem apreendidos, independente de serem periciados ou não, bem como àqueles que interessarem à prova deverão acompanhar o Inquérito Policial, consoante o previsto no art. 11 do CPP, e não serão restituídos até o momento em que forem importantes aos autos, de acordo com art. 118 do CPP. Não obstante, alguns bens não serão restituídos, mesmo depois do trânsito em julgado da sentença final, exceto se os objetos pertencerem aos lesados ou terceiros de boa-fé, conforme art. 119 do CPP.¹³⁰

Depreende-se que a busca ocorre com a finalidade de se chegar a apreensão, e que ambas são de suma importância para a composição probatória, independente de terem sido realizadas em fase policial ou judicial. Somando-se a isso, nota-se novamente a presença da inviolabilidade domiciliar, uma vez que é necessário respeitar o vocábulo “casa”, fornecido pelo artigo 150 do Código Penal. Mais do que isso, o direito penal transcende e remete ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar.

Ainda, no instante em que a busca e a apreensão forem efetuadas, os preceitos constitucionais devem ser observados, caso contrário, o sujeito irá incorrer na sanção penal, também já abordada no presente trabalho, da violação de domicílio. Não obstante, ambas constituem medida cautelar, perfectibilizadas com a finalidade de garantir a integralidade da prova processual.

Outrossim, observa-se o porquê do mandado de busca e apreensão conter o local preciso, a sua finalidade, bem como o fato de o agente respeitar os horários e as restrições de entrada no domicílio do indivíduo. O executor do mandado tem igual

¹²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v. p. 371.

¹²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Podivm, 2010. p. 440.

¹³⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 161.

fundamentalidade na construção probatória dos autos, uma vez que deixando de considerar uma das excepcionalidades apontadas, todos os atos decorrentes da medida cautelar podem vir a ser anulados.

Sob essa perspectiva da fundamentalidade da construção do acervo probatório, em fase policial ou judiciária, se faz necessário aprofundar acerca da ilicitude da prova no âmbito penal. De acordo com Fernando Capez¹³¹:

Do *latim probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 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.

Por outro lado, no que toca à finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. (grifo do autor).

A prova tem por objeto o fato, ou seja, levar o acontecimento a conhecimento do Juiz, a fim de que o referido possa formular um juízo de valor, além de servir de base à acusação do Ministério Público. No âmbito processual penal, os fatos precisam ser provados, ainda que o réu confesse o crime, a confissão não possui valor absoluto, e deverá ser confrontada com as demais provas dos autos, devido aos princípios da verdade processual e do devido processo legal.¹³²

Raimundo Amorim de Castro¹³³ aponta que:

Toda a polêmica sobre as provas ilícitas gira em torno dos direitos fundamentais do homem e a principiologia que norteia o moderno processo constitucional a busca da verdade material, que de um lado garante a proteção à sociedade e do outro, efetiva o ideal de justiça, corolário da razão teológica do direito.

Por prova ilícita deve se entender como aquela obtida de modo adverso ao texto legal. A ilicitude incide à maneira com que a referida foi obtida, bem como na sua produção, introdução aos autos e valoração pela autoridade judiciária. Insta salientar que, ainda que a prova seja considerada reflexo fiel aos acontecimentos, ela poderá se enquadrar na ilicitude, independentemente da sua validade. De um

¹³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018. p. 369.

¹³² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 462.

¹³³ CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 77.

modo geral, percebe-se para se enquadrar como ilícita, a prova tem que ferir, antes de tudo, o direito subjetivo ou interesse juridicamente pertinente.¹³⁴

A própria Constituição Federal preceitua em seu art. 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito no âmbito processual. Importante aferir que a vedação constitucional protege tanto os direitos quanto às garantias fundamentais, tais como a inviolabilidade de domicílio. Portanto, a prova será considerada ilícita quando violar normas constitucionais ou legais, oportunidade em que poderá ser desentranhada dos autos, mediante apreciação do juiz, antes do início da audiência de instrução e julgamento, ou posteriormente, sendo que em ambas as ocasiões caberá recurso.¹³⁵

Através do exposto, constata-se que a prova não deve ser produzida em desconformidade aos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, uma vez que não se observando as condições em que o acervo probatório foi construído, o processo restará prejudicado e a prova será inutilizada. Ainda, o desentranhamento da prova poderá acarretar na absolvição do réu, quando o delito estiver comprovado somente no elemento que restou inutilizado.

Novamente o cerne da questão não se restringe somente à esfera penal, mas sim aos direitos e garantias constitucionais. Ressalta-se a contínua dificuldade em estabelecer uma diretriz quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão sob o espectro da ilicitude da prova, tendo em vista que não pode somente valer a vontade da autoridade em esclarecer o crime, bem como o fato de que o agente deve respeitar os limites já estabelecidos na lei processual penal, assim como deve assegurar que as provas sejam colhidas sem qualquer violação aos direitos e garantias constitucionais.

3.4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE SOB O ESPECTRO DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR

De acordo com o exposto, ressalvando os casos em que qualquer do povo poderá entrar no domicílio de outrem quando houver estado de flagrância, ou desastre ou a fim de prestar socorro, a configuração do flagrante, bem como a

¹³⁴ PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 332-333.

¹³⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 601-603.

execução do mandado de busca e apreensão, e a construção do acervo probatório do processo, dependerá da figura do agente, essencial para que o processo penal alcance a sua principal finalidade: o esclarecimento dos fatos.

Comumente acontecem situações - abordagens, revistas, tomada de depoimentos, violação de domicílio - em que a autoridade vai além da sua atribuição legal, passando dos limites estabelecidos, muitas vezes com o intuito de preservar a prova, garantir a ordem, assegurar que o indivíduo responda por outro crime, além daquele que já cometeu. Ocorre que, independentemente da situação que for exposta, os direitos e as garantias fundamentais devem ser priorizados. É exatamente sob esse aspecto que a lei de abuso de autoridade foi criada.

A previsão legal em questão permite que o ser humano aponte os casos em que houver abuso de autoridade, fazendo valer seus direitos, assim como possibilita a desmistificação da ideia de que as autoridades podem tudo. Somando-se a isso, além da lei ser criada a fim de esclarecer os casos em que o sujeito sentir que foi violado em algum dos seus direitos, a referida também sobreveio para elucidar a conduta do agente, que pode ou não, ser delituosa.

No tocante à inviolabilidade domiciliar, o agente deverá ingressar na casa do sujeito, respeitando as exceções elencadas no art. 150 do Código Penal, sob pena de incorrer no crime, também já mencionado, de violação de domicílio. No entanto, no referido artigo, em seu §2º, há aumento de pena se a violação for realizada por funcionário público, sem observar a previsão legal ou quando restar estabelecido o abuso de poder. Nesta senda, Fernando Capez¹³⁶ expõe que:

A Lei n. 4898, de 09 de dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Por isso, é conhecida como Lei de Abuso de Autoridade. Trata-se de legislação que disciplina a responsabilização do agente em três esferas distintas: a administrativa, a civil e a criminal.

Para que a lei supramencionada seja aplicada, é necessário que o abuso seja praticado pela autoridade no exercício de sua função, tendo em vista que se não for por essa ocasião, o delito não restará classificado como abuso de autoridade. Importa salientar que a autoridade referida na lei em questão, explicitada

¹³⁶ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

em seu art. 5º, é qualquer pessoa que opere função pública, não importando o fato de ser remunerada, ainda que de modo transitório.¹³⁷

Nas circunstâncias em que a autoridade invocar sua função pública, ainda que fora do exercício de suas funções, novamente se faz necessário as menções de Fernando Capez¹³⁸:

De acordo com Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas (1991, p. 94-95), haverá no caso a configuração do crime de abuso de autoridade:

Segundo decidiu o plenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “parece fora de dúvida que o acusado agiu como autoridade, seja perante as vítimas seja perante o Dr. Delegado de Polícia, e não como cidadão. Dissociar-se a autoridade do cidadão, depois que ele se identifica, é mero artifício. A partir do momento em que identificou como Promotor de Justiça, passou a exercer o poder inerente ao seu cargo, agindo além da medida legal. (Denúncia n. 8.363-0, Comarca de São Paulo, j. em 23.8.1989). No mesmo sentido a orientação do Colendo STJ: Comete o delito o agente que mesmo não estando no exercício da função age invocando a autoridade do cargo, com exibição da carteira funcional (RT 665/359).

O abuso de autoridade é caracterizado por sua duplicidade subjetiva passiva, na qual o sujeito passivo imediato é a pessoa física ou jurídica - nacional ou estrangeira -, enquanto que o sujeito passivo mediato é o Estado, na condição de titular da Administração Pública.¹³⁹ Pertinente aos passos para representar contra a autoridade que ocasionou o abuso, Ricardo Antônio Andreucci¹⁴⁰ aduz que:

O direito de representação no crime de abuso de autoridade é exercido por meio de petição, em duas vias, contendo a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se houver.

A petição pode ser dirigida:

- à autoridade superior à culpada;
- ao Ministério Público.

A falta de representação do ofendido não impede que o Ministério Público inicie a ação penal pública, conforme dispõe expressamente o art. 1º da Lei n. 5.249/67, que alterou o art. 12 da Lei n. 4.898/65.

No que concerne ao pedido encaminhado à autoridade administrativa, resta claro que a lei está realmente zelando pelo direito constitucional de peticionar aos

¹³⁷ SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 7. ed. São Paulo: Millennium, 2005. p. 369.

¹³⁸ CAPEZ, op. cit., p. 60.

¹³⁹ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

¹⁴⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 out. 2018. p. 45.

Poderes Públicos, uma vez que vítima do suposto abuso busca o superior hierárquico ou membro da correição do agente responsável, com a finalidade de elucidar o eventual abuso na esfera administrativa.¹⁴¹

Em se tratando ainda do conteúdo do artigo 2º, o mesmo estabelece que os crimes de abuso de autoridade são de ação penal pública incondicionada, em conformidade com a Lei n.º 5.249/67, a qual retrata que na ausência de manifestação - mediante representação - do ofendido, o abuso que ocorrer nos termos da Lei n.º 4.898/65 não impede a iniciativa ou até mesmo o andamento da ação pública.¹⁴² Neste diapasão, Fernando Capez¹⁴³ compreende que:

Com isso, o art. 2º tornou-se letra morta, pois, em face do princípio da oficialidade, o Ministério Público tem o dever de apurar qualquer crime, não se exigindo nenhum requisito para que o ofendido ou qualquer do povo lhe encaminhe a *notitia criminis*. Em outras palavras, com ou sem representação, ou ainda que ela não preencha os requisitos enumerados pela lei, o órgão do Ministério Público tem o dever de apurar os fatos, promovendo a competente ação penal, independentemente da vontade da vítima. Assim, a representação de que trata a alínea *b* não se constitui em condição de procedibilidade, e a não observância dos seus requisitos não impedirá o ajuizamento da ação penal. (grifo do autor).

Nos artigos 3º e 4º da lei n.º 4.898/95 estão elencadas todas as circunstâncias que configuram o crime em questão. Não obstante, o abuso de autoridade é um crime de atentado a qualquer um dos preceitos expostos nos artigos anteriormente mencionados. Ricardo Fazzani Bina¹⁴⁴ classifica o abuso de autoridade como “crimes de atentado, aqueles que não admitem tentativa, porque já são puníveis em sua forma tentada e cuja punição na forma tentada é a mesma que na forma consumada”.

Um dos atentados ocasionados pelo abuso de autoridade, consoante o já exposto, fere o direito à inviolabilidade domiciliar. Sabemos que o domicílio é, na maioria das vezes, asilo inviolável, porém mediante consentimento do morador, é permitido o ingresso no referido - durante o dia ou à noite. Exceto as restrições

¹⁴¹ CAPEZ, op. cit., p. 59.

¹⁴² SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 7. ed. São Paulo: Millennium, 2005. p. 370.

¹⁴³ CAPEZ, op. cit., p. 59-60.

¹⁴⁴ BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Série universitária). Disponível em: <<https://ucsvirtual.uces.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 04 out. 2018. não paginado.

comentadas, é muito comum que no ato de busca ao criminoso, o policial efetue a entrada no domicílio por intermédio, ou não, do consentimento do morador.¹⁴⁵

Sob as singularidades acerca do que se enquadra ou não em abuso de autoridade, Fernando Capez¹⁴⁶ expõe que:

Se existe consentimento, é possível ingressar na casa alheia a qualquer hora do dia ou da noite (o morador recebe quem ele quiser e a que hora desejar). Sem consentimento, pode-se ingressar a qualquer hora do dia ou da noite, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, afinal, o domicílio não pode ser um santuário impenetrável para a prática de crimes, nem seria lógico exigir ordem judicial para evitar uma tragédia. A expressão “dia” deve ser compreendida entre a aurora e o crepúsculo, para outros deve ser entendida como o período que vai das 6 às 18 horas (FREITAS; FREITAS, 1991, p. 38; TOURINHO FILHO, 2002, v. 1, p. 230). No período noturno, o mandado judicial não poderá ser cumprido, salvo se o morador consentir, pois à noite não se realiza nenhuma diligência no interior do domicílio, nem mesmo com autorização judicial. Nesse caso, o executor da medida não poderá invadir a casa. Deve-se aguardar até o amanhecer e, então, arrombar a porta e cumprir o mandado. Fora dessas hipóteses, haverá abuso de autoridade.

Ressalta-se que quando couber ao agente a averiguação do estado de flagrância, a lei acaba por permitir o ingresso, como nas situações em que o responsável pelo ponto de tráfico mantém a droga - em depósito - no interior da casa. No entanto, quando a circunstância em que o flagrante ocorrer for de modo duvidoso, os policiais deverão obter o consentimento do responsável pelo imóvel, caso contrário, a prisão poderá ser considerada ilegal e resultar em abuso de autoridade.¹⁴⁷

Para que a invasão da residência seja realizada, sem que o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar seja violado, é necessária muita cautela. Por isso, quando o agente recebe qualquer espécie de denúncia, a investigação deve ocorrer de maneira minuciosa, a fim de que se tenha certeza que irá ocorrer ou está ocorrendo o flagrante. Caso contrário, a entrada é vedada, estipulando o

¹⁴⁵ BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Série universitária). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 04 out. 2018. não paginado.

¹⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 08 out. 2018. p. 66.

¹⁴⁷ BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Série universitária). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 04 out. 2018. não paginado.

Código de Processo Penal as medidas a serem tomadas para que o ingresso seja legal - mandado de busca e apreensão ou prisão.¹⁴⁸

O abuso de autoridade pode ocorrer também quando houver flagrante de favorecimento pessoal, como nos casos em que o indivíduo que está sendo procurado se esconder na casa de seus genitores, já durante à noite, circunstância que impedirá a entrada do agente, caso não haja o consentimento dos moradores do imóvel. Se os genitores se recusarem a franquear a entrada, o agente deverá esperar até o dia seguinte para o cumprimento do mandado judicial.¹⁴⁹

No art. 6º da Lei n.º 4.898/65 estão inseridas as sanções administrativas, civis e penais. Na esfera administrativa, o agente poderá ser advertido, repreendido, ter o cargo suspenso - por um período de 05 a 180 dias - com perda de vencimentos e vantagens, ser destituído de sua função, podendo, inclusive, ser demitido. No âmbito civil, a sanção se dava mediante pagamento do valor do dano, quando for possível quantificar, quando houver a impossibilidade de calcular o dano, haverá o pagamento de quinhentos a dez mil cruzeiros.¹⁵⁰

Não obstante, no que tange à esfera civil, bem como o fato da depreciação do cruzeiro para fins de quantificação do dano, o autor Fernando Capez¹⁵¹ pontua, em sua obra, que “A prefixação do valor da indenização, em face da desvalorização da moeda, tornou-se letra morta. O agente responsável pelo abuso, entretanto, fica obrigado à reparação civil do dano”.

Entre as sanções penais da lei referida estava a fixação de multa de cem cruzeiros a cinco mil cruzeiros, a detenção equivalente ao período de 10 dias a 06 meses, a perda do cargo, bem como a inabilitação para demais cargos públicos - pelo prazo de até 03 anos. Importante aferir que a sanção penal pode ser aplicada de modo autônomo ou cumulativo.¹⁵²

¹⁴⁸ BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Série universitária). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 04 out. 2018. não paginado.

¹⁴⁹ BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Série universitária). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 04 out. 2018. não paginado.

¹⁵⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

¹⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

¹⁵² ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

No entanto, sobrevieram alterações na parte geral do Código Penal, as quais revogaram as penas pecuniárias que eram quantificadas em cruzeiros, restando somente a multa, sem qualquer tipo de classificação de valor, sendo estabelecido um novo critério de dia-multa, consoante o disposto nos artigos 49 e seguintes do Código Penal.¹⁵³

Do exposto, identifica-se que a autoridade é a principal responsável pela integridade ao acervo probatório, em virtude de estar presente desde a fase policial à processual. É exatamente por isso que as atribuições do agente demandam discernimento quando do exercício de sua função, uma vez que os referidos são os grandes incumbidos na aplicação dos direitos previstos constitucionalmente, bem como da execução da legislação penal.

Importa referir que entre as funções do agente, estão a configuração do estado de flagrância - sob fundadas razões -, e quando não houver o flagrante, cabe a representação de mandado de busca e apreensão, a fim de que sejam respeitados os preceitos da inviolabilidade domiciliar, sob pena de incorrer em violação de domicílio e abuso de autoridade.

Necessário se faz aqui destacar a importância do papel do legislador e também do policial no cumprimento de suas funções, em razão de que muitas lides são solucionadas com a produção de provas via mandado judicial ou situação de flagrância, cabendo ao legislador definir os parâmetros conforme o amparo legal, e ao policial conseguir distinguir a situação em que é permitido entrar no domicílio.

Ao agente, então, cabe conduzir sua função, observando as formalidades necessárias, tomando decisões em conformidade com a lei, e agir de forma equilibrada, sem tornar pessoal o cumprimento de seu dever, tampouco achar que por estar sob a atribuição de exercer a lei, possui o direito de violar os direitos de outrem. Não sendo observada a devida cautela, o agente incorrerá nas sanções administrativas, penais e civis de abuso de autoridade.

¹⁵³ CAPEZ, op. cit., p. 77.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR

O presente capítulo abordará duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam o Recurso Extraordinário 603.616/RO e o Habeas Corpus 138.565/SP, e os reflexos da primeira decisão na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. As decisões do STF supramencionadas, embora tratem do mesmo assunto, diferem quanto ao cunho decisório, tendo em vista que na primeira o ingresso no domicílio deu ensejo à condenação do acusado, e na segunda a entrada foi considerada ilegal, causando a absolvição do paciente, como também ocorre na jurisprudência de segunda instância.

4.1 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 - RONDÔNIA

O Recurso Extraordinário 603.616 - Rondônia trouxe à pauta a questão acerca da cláusula da inviolabilidade domiciliar. Anteriormente à presente decisão, a o ingresso no domicílio respeitava as quatro exceções elencadas no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988: em caso de flagrante delito, ou para prestar socorro, ou em situação de desastre ou mediante determinação judicial. Ocorre que a presente decisão trouxe significativas mudanças de interpretação do direito fundamental mencionado.

No dia 05 de novembro de 2015 ocorreu o julgamento do recurso extraordinário 603.616/RO, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual restou estabelecido que o agente público - policial - pode adentrar no domicílio do indivíduo, sem mandado judicial, quando se tratar de crime permanente. Para o Supremo, passou a ficar permitida a entrada na residência do indivíduo quando necessária ação imediata da polícia e estando previamente fundamentada a situação de flagrância do agir delitivo. À respectiva decisão votaram juntamente com o relator, Ministro Gilmar Mendes, e os ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavaski e Edson Fachin.

No recurso supramencionado, foi discutido acerca da legalidade da prisão do réu Paulo Roberto de Lima, preso pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), após a polícia encontrar 8,5 kg de cocaína dentro do veículo na propriedade do condenado. A busca foi realizada sem mandado judicial, porém, com

fundadas razões de que o recorrente estava em situação de flagrante delito, tendo em vista o caráter permanente do crime de tráfico de drogas. Ainda, o recurso em tela, visou abordar o fato de quando é aceitável e legítimo o ingresso no domicílio.

A investigação em tela possibilitou chegar até o réu após a apreensão de quase 23,4 kg de pó de cocaína - substância que causa dependência psíquica - em uma carroça. Ao ser abordado, o motorista do veículo - que estava sendo monitorado - aduziu que entrada da polícia sem a devida permissão, e sem consentimento - garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal: a inviolabilidade do domicílio - era ilegal, bem como alegou a impossibilidade de admitir provas obtidas ilicitamente durante o processo e também requereu o direito à ampla defesa.

No acórdão recorrido restou claro que o investigado e Reinaldo eram suspeitos de transportar substâncias entorpecentes, razão pela qual os encontros entre ambos estariam sendo acompanhados pela polícia, sendo que na data de 20 de abril de 2007, Reinaldo saiu da residência do réu, conduzindo o caminhão de propriedade de Paulo, oportunidade em que no caminho, o veículo foi interceptado e foram localizados 23,4 kg de cocaína. Ato contínuo, os policiais foram à casa de Paulo Roberto de Lima e ingressaram no referido imóvel e nas áreas adjacentes, sem autorização judicial, tampouco do morador, e ao revistarem o veículo estacionado na garagem, encontraram 8,5 kg adicionais de cocaína.

O ingresso forçado no domicílio ocorreu em razão do monitoramento prévio do investigado e das declarações feitas por Reinaldo quando do momento da interceptação do veículo, elementos que a autoridade policial avaliou serem suficientes - sob fundadas razões - de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas.

Nesta senda, cabe esclarecer que o Recurso Extraordinário é aquele direcionado ao Supremo Tribunal Federal das decisões judiciais quando não cabe mais recurso ordinário. O mesmo tem por objetivo garantir a proporcionalidade da aplicação do que está constitucionalmente previsto - art. 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” -, evitando que esta seja desrespeitada pelos tribunais regionais ou estaduais.¹⁵⁴

¹⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.uces.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 1024.

Luís Fernando Moraes Manzano¹⁵⁵ afirma que o recurso extraordinário é aquele interposto perante o Supremo Tribunal Federal das decisões judiciais em que não se aplica recurso ordinário, posição que vai de acordo com Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha¹⁵⁶, que afirma que o presente recurso tem por objetivo resguardar as normas e princípios constitucionais e padronizar a jurisprudência, fazendo prevalecer Constituição da República sobre as demais leis.

Em contrapartida, explica o autor Renato Marcão¹⁵⁷:

Destinado ao controle difuso da constitucionalidade das leis, está disciplinado no art. 102, III, alíneas a, b, c e d, da CF, onde encontramos que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo da Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Voltando à decisão em questão, Alexandre de Moraes¹⁵⁸ pontuou em sua obra que:

A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada¹⁵⁹, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal ou tributária do Estado¹⁶⁰.

¹⁵⁵ MANZANO, Luís Fernando Moraes. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 255.

¹⁵⁶ ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles Camargo. **Dos recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

¹⁵⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 out. 2018. p. 1134.

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 27 ago. 2018. p. 57.

¹⁵⁹ A importância dessa histórica garantia de liberdade da Sociedade foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral para julgar recurso extraordinário que tratava da questão da ilicitude de prova produzida em busca e apreensão em residência sem mandado judicial (STF – Pleno – RE 603.616/RO), tendo afirmado o Ministro-relator Gilmar Mendes que, “no que concerne à questão de que a violação do domicílio, no período noturno, sem o correspondente mandado judicial de busca e apreensão, ensejaria a ilegalidade das provas colhidas, entendo que merece pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, pois transcende o direito subjetivo do recorrente) *apud* MORAES, loc. cit.

¹⁶⁰ STF – 2ª T. – HC nº 93.050-6/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 10-6-2008 *apud* MORAES, loc. cit.

No julgamento do presente Recurso Extraordinário, o voto de Gilmar Mendes elaborou uma reflexão crítica acerca do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar. O Ministro-relator embasou seu voto na 4^o emenda da constituição americana, a qual retrata que as pessoas devem estar seguras em suas casas de eventuais buscas e apreensões sem causa considerada razoável.¹⁶¹

Ainda, Gilmar Mendes fez referências a outras constituições - alemã e portuguesa -, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, as quais dissertam acerca do direito constitucional em questão, além de mencionar a evolução histórica do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar nas constituições brasileiras até chegar ao texto de 1988.¹⁶²

No seu voto, Gilmar Mendes preceitua que a busca e apreensão são medidas essenciais para elucidações delitivas, apesar de serem extremamente invasivas, levando-se em conta o previsto constitucionalmente, bem como alega que excessos podem ser cometidos quando da tomada de decisão de ingresso no domicílio, ou até mesmo no ato de cumprimento da medida, fazendo, inclusive, analogia a comunidades em situação de vulnerabilidade social, as quais estão em constante condição de suscetibilidade a abusos de autoridade.¹⁶³

Sob a busca domiciliar, o Ministro-relator aduziu que é uma medida que exige controle e exaltou a importância do mandado de busca e apreensão, o qual deve ser cumprido, como uma espécie de garantia ao direito à privacidade do ser humano. Somando-se a isso, Gilmar Mendes expõe que a avaliação de um juiz neutro e imparcial quanto ao caso, deve ser sobrepor a de um policial, que muitas vezes se envolve com a elucidação delitiva, a fim de resguardar a medida de eventuais comportamentos arbitrários, além de aduzir que o recurso em questão se trata de um excepcionalidade do flagrante delito.¹⁶⁴

¹⁶¹ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶² PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶³ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶⁴ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

A interpretação que se tinha, anteriormente ao julgamento do presente Recurso Extraordinário, era de que se no interior do domicílio estivesse acontecendo um crime permanente era exequível a entrada pelas forças policiais, independentemente de autorização judicial. Para se chegar à conclusão que motivou a decisão do presente recurso, insta relembrar a definição de crime permanente, o qual é definido pelo período entre a consumação e seu exaurimento, logo se no interior do domicílio estiver ocorrendo esse tipo de crime, dará ensejo ao ingresso, em razão do estado de flagrância.¹⁶⁵

No entanto, nem sempre o ingresso no domicílio mediante força policial irá acarretar em sucesso da medida, com a respectiva apreensão de objeto ilícito e prisão dos responsáveis, pois não são em todos os casos que se há certeza da autoria, sendo exatamente por esse motivo que a diligência se torna necessária. Gilmar Mendes então disserta acerca do agente entrar na residência e a medida não ter sucesso quanto à produção de provas, o policial pode incorrer, nesse caso, nas sanções do §2º, do art. 150 do Código Penal, bem como no crime de abuso de autoridade. Situação que deixa o policial em uma posição complicada, uma vez que ou desvenda o crime ou incorre nos crimes anteriormente citados.¹⁶⁶

Não obstante, o Ministro-relator relata que nas circunstâncias em que o policial for processado, o mesmo poderá alegar, em sua defesa, que estava sob o estrito cumprimento de seu dever legal. Conquanto, se a defesa for rejeitada, acarretará em punição para um agente que acreditava estar no cumprimento de sua função, e se acolhida, acaba por desconsiderar os preceitos da questão da inviolabilidade domiciliar. Situação essa exposta pela pelo presente recurso extraordinário.¹⁶⁷

Gilmar Mendes votou no sentido de haver uma evolução quanto ao cerne da questão da inviolabilidade domiciliar, acreditando que deveria haver também o resguardo com os agentes que estão no estrito cumprimento de seu dever, bem como orientação segura quanto ao exercício de sua função. Interpretação que o

¹⁶⁵ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶⁶ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶⁷ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

Ministro-relator mencionou que se pode fazer através da própria Constituição Federal de 1988, juntamente com os tratados de direitos, em vigor, no país. Entre eles, foi citado o Tratado de Direitos Humanos que possibilita abranger direitos e garantias fundamentais, até mesmo para afastar ressalvas constitucionais, o qual permite a interpretação da norma constitucional aliado a elementos que possam vir a integrar a referida.¹⁶⁸

O Ministro-relator fez menção ao fato da medida ter um controle dos direitos constitucionais com a asseguraribilidade da segurança pública, e exaltou que as razões para cumprimento da medida em questão podem ser *a priori* - anteriormente à adoção da medida - ou *posteriori* - após a adoção da medida. Nos casos em que houver controle prévio, Gilmar Mendes esclareceu que deve se ter autorização judicial, mediante avaliação de um juiz imparcial, que pondera as circunstâncias ensejadoras da busca e apreensão, autorizando ou não a medida.¹⁶⁹

No que tange à medida com controle *posteriori*, o Ministro-relator asseverou que a legislação possibilita aos agentes o imediatismo do cumprimento da medida, sendo que somente após a realização da referida, há a verificação quanto à legitimidade da diligência, bem como foram observados os requisitos previstos pelo direito. Gilmar Mendes afirmou que esse tipo de controle pode ser adotado nos casos em que houver medida invasiva, como por exemplo, nas circunstâncias da prisão em flagrante e que deve ser adotado quando houver fundadas razões, ainda que justificadas *posteriori*, e elementos probatórios suficientes para o referido ingresso.¹⁷⁰

Gilmar Mendes finalizou a sustentação de seu voto, negando provimento ao recurso, e estabelecendo a seguinte apreciação: o ingresso no domicílio, ausente de mandado judicial, só é lícito, mesmo que ocorra no período noturno, quando embasada em fundadas razões, as quais deverão ser justificadas *posteriori*, sendo que o contexto deve indicar que no interior do domicílio está ocorrendo uma situação

¹⁶⁸ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶⁹ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁷⁰ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

de flagrante delito, sob pena do agente incorrer em sanção disciplinar, civil e penal, bem como dos atos praticados serem considerados nulos.

A negativa frente ao provimento do recurso foi votada pela maioria, tendo como voto vencido Marco Aurélio, o qual ponderou que o ingresso no domicílio, no caso em tela, ocorreu a partir de uma suposição levantada pelo corréu Reinaldo. Marco Aurélio pontuou que a indicação do corréu poderia não ter êxito quanto à apreensão de drogas, o que demonstrou, ao seu ver, uma certa arbitrariedade das autoridades policiais atuantes no presente caso, as quais colocaram em segundo plano a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.¹⁷¹

Marco Aurélio aduziu que a própria autoridade judicial somente pode dar autorização quanto ao ingresso no domicílio no período diurno, e que se o recurso não fosse provido, caberia à capacidade intuitiva do policial a entrada ou não no domicílio, mediante suposta indicação, simplesmente ingressar no domicílio alheia para verificar a presença de tóxicos, e conseqüente violar os preceitos constitucionais inerentes a essa garantia.¹⁷²

A negativa do recurso introduziu o ingresso no domicílio, pela autoridade policial, quando sustentada por fundadas razões, justificadas *posteriori*, quando houver situação de flagrância em seu interior ou nas adjacências, mas também permitiu o equilíbrio entre os direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988 e o exercício da função da atividade policial, a fim de evitar eventuais arbitrariedades, integrando à norma constitucional, aderências advindas dos tratados dos quais o país é signatário, mostrando nítida evolução na interpretação jurisprudencial e a possibilidade de modificações, caso a caso, no tocante ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar.

4.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO HABEAS CORPUS 138.565/SP

Como o próprio Gilmar Mendes ressaltou quando do julgamento do recurso anteriormente mencionado, o ingresso no domicílio, sob fundadas razões, sem

¹⁷¹ PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁷² PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

mandado judicial, devidamente justificadas *posteriori*, iria ocorrer conforme a singularidade de cada caso, não se criaria uma norma geral, tendo em vista as condições e peculiaridades com que cada medida é tomada ou cumprida. Nesta senda, convém mencionar um dos julgamentos posteriores à negativa de provimento do recurso 603.616/RO, justamente para mostrar como cada situação de entrada no domicílio exige uma adaptação quanto ao modo de interpretação.

No dia 30 de novembro de 2016, ocorreu o julgamento do Habeas Corpus 138.565/SP, também pelo Supremo Tribunal Federal, em que houve a absolvição de Orlando Tardim Neto, vinculado ao tráfico de drogas, o qual teve seu domicílio violado, sem mandado judicial, e sem fundadas razões, alegando que a produção de prova foi adquirida ilicitamente. O presente julgamento teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Acompanharam o relator, os Ministros Edson Fachin e Celso de Mello.

Antes de entrar no caso que levou a impetração de habeas corpus, cabe referir os dizeres de Antônio Alberto Machado¹⁷³ acerca do referido recurso:

Nas hipóteses em que esse remédio é impetrado para fazer cessar os efeitos de uma coação ilegal já consumada, a sua natureza assume os contornos de ação constitutiva, porque, nesse caso, o writ constitui o paciente na situação ou no status de pessoa livre. Mas a ação de habeas corpus pode ser ainda de natureza declaratória, nos casos em que o pedido se limita à declaração sobre a inexistência de justa causa para o cerceamento da liberdade do paciente, como, por exemplo, na declaração de extinção da punibilidade em relação àquele que está em vias de ser processado indevidamente por um fato cuja punibilidade já se extinguiu. Fala-se também que o habeas corpus é uma espécie de ação penal popular, pelo fato de que pode ser impetrado por qualquer pessoa em seu próprio favor ou em favor de outrem. Não se exige, para a impetração desse remédio, a demonstração da legitimidade da parte, já que nos regimes democráticos qualquer pessoa é mesmo parte legítima para demandar em favor da liberdade de quem quer que seja.

O investigado foi preso em flagrante, sendo que posteriormente sua prisão foi convertida em preventiva, segregação decorrente da traficância de drogas, prevista no artigo 33 da Lei de Drogas e consistente, no caso em tela, em 8g de crack e 0,3g de cocaína, quantidade que estava no interior da residência de Orlando Tardim Neto. A alegação da Defesa fez constar que os policiais estavam realizando uma operação em Americana/SP, quando na execução da referida diligência,

¹⁷³ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 ago. 2018. p. 809-810.

suspeitaram que o investigado estivesse filmando a ação policial, momento em que os agentes decidiram abordar o mesmo, e em ato contínuo, adentrar na residência do referido.

Acontece que, segundo o relato de um dos policiais atuantes no caso, uma série de diligências estavam sendo realizadas em virtude da operação e a população local estava relutante com a ação policial, sendo que o indivíduo que estava filmando, ao perceber que os agentes notaram que estavam sendo gravados, empreendeu fuga a pé até sua residência, oportunidade em que durante o percurso, foi contido pela polícia, e com esse argumento, invadiram a casa do indivíduo, sem mandado judicial, ocasião em que encontraram droga, sendo absolvido em razão da ilicitude do meio de obtenção de prova.

O referido policial, alegou que as pessoas presentes no local estavam resistentes quanto à prisão de um indivíduo que estava com arma e drogas no interior de sua residência, e que os policiais executores da ação, ao perceberem que estavam sendo filmados, pensaram que as imagens poderiam legitimar a ação policial, tendo em vista o tumulto que ali se encontrava. O agente, ainda, mencionou que a pessoa que estava filmando fugiu do local, momento em que ao ser perseguido e alcançado, Orlando Tardim Neto negou que estivesse fazendo imagens da ação policial, que não sabia de nada, e que franqueou a entrada dos agentes a fim de mostrar que não estava fazendo nada de errado, instante em que a droga foi localizada no interior do domicílio.

O policial, ao ser interpelado pela Defesa, aduziu não se recordar das filmagens, bem como informou que não existia nenhum mandado de prisão em desfavor de Orlando Tardim Neto. Não obstante, o agente relatou que o paciente não era considerado um alvo naquele momento, e que na verdade o mesmo seria uma testemunha presencial da ação policial, sendo que durante a revista na casa do referido, não foram encontrados objetos característicos - balança, dinheiro ou anotações - da traficância de drogas que dessem indício de conduta criminosa.

A autoridade policial participante da ação complementou o seu depoimento afirmando que anteriormente à busca e apreensão no domicílio do paciente, foram apreendidos 2 kg de droga - cocaína e maconha -, em uma das casas da localidade, em que havia a autorização judicial, sendo que em outra residência também houve a apreensão de 1 kg de maconha.

Um dos argumentos utilizados pelos que participaram do julgamento do Habeas e que efetivamente serviu como fundamentação para que fosse expedido alvará de soltura em favor do réu, é de que apesar de o réu ter infringido uma lei penal ao estar com droga em sua residência, o mesmo não pode ter os direitos constitucionalmente previstos violados, bem como a quantidade ínfima de substância entorpecente apreendida na residência do referido, não indica tráfico de drogas, mas sim, posse de entorpecentes.

Ricardo Lewandowski mencionou a despenalização para a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Drogas, em que o legislador postulou a adoção de medidas educativas aos usuários de drogas, tais como: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, entre outros. Ainda, o Ministro-relator ponderou que a Lei n.º 11.343/2006 estipula que o juiz deve observar a natureza e quantidade de substância apreendida, ao local e as condições em que se deu a ação, aliando a análise à conduta e os antecedentes do agente, com o intuito de determinar se a droga era para uso pessoal, consoante preceitua art. 28 da lei supramencionada.

Ricardo Lewandowski relembrou a questão que abarca o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, considerado um dos princípios mais sagrados do texto constitucional de 1988. Além disso, o Ministro-relator pontuou que geralmente, em casos semelhantes, os policiais fornecem depoimentos alegando que foram convidados a entrar no domicílio, o que de fato, não faz sentido, de acordo com o referido, tendo em vista que ninguém convida a polícia para ingressar na casa com o objetivo de vasculhar o imóvel.¹⁷⁴

O entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal foi de que os agentes, quando da execução da busca e apreensão na residência de Orlando Tardim Neto, agiram irritados por constatarem que estavam sendo filmados durante a operação na localidade de Americanas/SP. Ainda, no presente julgamento afirmaram que a filmagem não era proibida, tendo em vista que tal vedação indicaria pressupostos de um regime ditatorial.¹⁷⁵

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma extingue processo contra réu que teve casa vasculhada por policiais sem mandado judicial**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma extingue processo contra réu que teve casa vasculhada por policiais sem mandado judicial**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Celso de Mello referiu que a busca e apreensão sem mandado judicial só seria permitida se houvesse fundadas razões de que no interior do domicílio estivesse ocorrendo a prática de algum crime, o que, ao seu ver, não se enquadra ao caso tipificado, e concluiu afirmando que nenhum indivíduo pode ser investigado ou processado, tampouco condenado, em provas que restaram obtidas de modo ilícito. Sob esses fundamentos, foi determinada a soltura do agente e o trancamento da ação penal.¹⁷⁶

Em comparação do presente Habeas Corpus com o Recurso Extraordinário 603.616, insta salientar que ambas as decisões se fundamentam no meio em que as provas foram obtidas e na justificativa dada pelos agentes públicos quando da ação policial: no Recurso Extraordinário, os votos foram fundamentados pelo embasamento dos policiais da situação de flagrância, e no habeas corpus procurou-se preservar a garantia da inviolabilidade domiciliar, devendo essa somente ser violada quando devidamente evidenciada a situação de flagrância e a preservação da obtenção de provas sob a forma lícita.

Quando se opta pela primazia da Constituição Federal de 1988 deve-se levar em conta uma série de direitos do indivíduo, mencionados por Luís Roberto Barroso¹⁷⁷:

Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade).

Nas duas decisões, os votos foram dados sob o fundamento de estarem de acordo com o regramento constitucional, só que ambas decisões divergem – uma a favor do agente outra a favor do réu – alegando estar sobre o mesmo embasamento: respeitando os limites da inviolabilidade domiciliar, o que revela a singularidade e cautela que são exigidas em decisões quando se trata de direitos previstos constitucionalmente.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma extingue processo contra réu que teve casa vasculhada por policiais sem mandado judicial**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018. p. 29-30.

O que difere o Recurso Extraordinário 603.616/RO do presente habeas, foi que na primeira situação, havia uma investigação prévia, ou seja, um monitoramento da polícia, com relação aos réus, o que levou à apreensão da droga, e que se enquadrou em “fundadas razões”. Na segunda situação, os policiais estavam em operação em uma localidade, já haviam apreendido drogas em algumas casas, mas ao verem que estavam sendo filmados, correram atrás do autor das imagens, e adentraram a sua residência, tomados pela situação de resistência que estava ocorrendo em razão da diligência, indicando, ao ver dos ministros presentes no julgamento, que não havia “fundadas razões” quanto ao modo do ingresso.

Em todos os atos, as autoridades - policiais e judiciárias - assumem uma certa responsabilidade quanto à condução processual. Ou seja, cabe ao policial averiguar se há eventual situação de flagrante, desastre ou a necessidade de prestar socorro, assim como cabe à autoridade judiciária ponderar a situação exposta quando ao pedido de mandado de busca e apreensão, bem como averiguar as circunstâncias em que a autorização judicial irá ser cumprida, no intuito de evitar eventuais arbitrariedades dos agentes e resguardá-los, também, no exercício de sua função.

Nesta senda, convém mencionar os dizeres dos autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁷⁸:

Aqui, o STF consolidou o entendimento de que, embora o flagrante delito legitime o ingresso, sem mandado judicial e a qualquer hora, no domicílio, há que ocorrer o controle jurisdicional posterior, sem o qual restaria esvaziada a correspondente garantia constitucional. Assim, os agentes estatais devem demonstrar a ocorrência de elementos mínimos caracterizadores do flagrante, de modo a justificar a medida – no caso, fundadas razões de que no interior da casa esteja ocorrendo um flagrante delito.¹⁷⁹ Importa agregar que, embora tal orientação esteja afinada, em termos gerais, com entendimento já advogado pelo signatário em outra publicação,¹⁸⁰ é preciso reforçar a necessidade de cautela e acurado exame das circunstâncias fáticas que configuram as razões invocadas pela autoridade policial, de modo a evitar a erosão substancial da garantia e do direito à inviolabilidade do domicílio.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018. p. 463.

¹⁷⁹ Cf. RE 603.616/RO (RG), rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.11.2015 *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO loc. cit.

¹⁸⁰ Cf. Sarlet, Ingo Wolfgang; Weingartner Neto, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013 *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO loc. cit.

A verdade é que apesar do inciso XI, do texto constitucional de 1988, prever as excepcionalidades inerentes ao domicílio, uma série de direitos - direito à ampla defesa, direito à privacidade, entre outros - está abarcada a um simples inciso, e deve se ponderar, entre esses, a decisão que comporte, de modo equilibrado, todos eles, o que demonstra o cuidado que se deve ter no momento da execução do ingresso, por parte dos agentes policiais, e posteriormente, a prudência das autoridades judiciais quando no julgamento do feito.

Salienta-se que a decisão constante no Recurso Extraordinário supramencionado estabeleceu o parâmetro das “fundadas razões” para resguardar os policiais do exercício do cumprimento de seus deveres, sem deixar de levar em conta o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, e também assegurar que a ação não seja arbitrária. Somando-se a isso, o julgamento do recurso, quando aplicado em cada caso, não garante o mesmo resultado. Ou seja, as “fundadas razões” podem vir a condenar, assim como podem absolver o indivíduo.

Ainda, nota-se que o direito à inviolabilidade domiciliar, apesar de ser constituído no texto de 1988, pode aderir a demais pactos, dos quais o país é signatário, conforme aduziu Gilmar Mendes, revelando que a norma constitucional também sofre reflexos dessas integrações e aderências, capaz de manter os termos do inciso XI, do art. 5º atual quanto às contingências e mazelas sociais, uma vez que ao mesmo tempo que elenca excepcionalidades ao ingresso no domicílio, assegura o indivíduo de possíveis arbitrariedades, bem como define parâmetros para combater a criminalidade.

4.3 OS REFLEXOS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO gerou não somente uma diferente perspectiva para a decisão que estava em questão, mas refletiu uma nova abordagem na interpretação em decisões de segunda instância. Com o intuito de mostrar detalhadamente os reflexos do novo entendimento, necessário se faz uma análise jurisprudencial de decisões recentes, as quais se basearam no presente recurso, e revelaram mais uma vez, apesar das exceções mencionadas no capítulo anterior, a flexibilidade do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar.

Salienta-se que o Recurso Extraordinário foi uma medida excepcional, que foi interposto com o objetivo de garantir a aplicação da legislação infraconstitucional sob o viés da Constituição Federal de 1988, bem como debateu um tema de repercussão geral - inviolabilidade domiciliar -, formando o binômio da relevância e transcendência. Nesse sentido, importa ressaltar as menções de Guilherme de Souza Nucci¹⁸¹ acerca do referido assunto:

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a repercussão geral é formada por um binômio, consistente em “relevância + transcendência”. A questão debatida “tem que contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia”.

A importância de se dissertar acerca do tema da inviolabilidade domiciliar está profundamente ligada à realidade atual de nossa sociedade, a qual está constantemente sujeita a ações policiais e a diferentes situações de risco, que por certo, exigem do agente uma tomada emergencial, rápida e eficaz de decisões, quando no exercício de suas funções. Porém, não se pode desconsiderar, o outro lado da questão, ou seja, a população, que está, continuamente, à mercê de eventuais arbitrariedades por parte dos agentes.¹⁸²

Ao abordar o assunto da inviolabilidade domiciliar, é necessário ponderar os dois lados da questão: de um lado, o crime organizado, sofisticado, demandando uma postura estatal mais enérgica; de outro, a coletividade, sobretudo as comunidades precárias economicamente - mais suscetíveis à arbitrariedade policial-, que devem se sentir seguras quanto aos seus direitos previamente constituídos, principalmente ao fato de não ter o domicílio invadido, em qualquer horário, sem que as cautelas essenciais tenham sido observadas ou ausentes de justificativa plausível.¹⁸³

Sob esse viés, Guilherme Penã de Moraes¹⁸⁴ expõe que:

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 933.

¹⁸² MORAES, Guilherme Peña de. **30 anos da CF e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 22 out. 2018. p. 234.

¹⁸³ MORAES, loc. cit.

¹⁸⁴ MORAES, loc. cit.

A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

Nesse diapasão, convém demonstrar o impacto do julgamento do Recurso Extraordinário supramencionado nas decisões de segunda instância do Rio Grande do Sul. Começaremos pela apelação n.º 70077021244¹⁸⁵, na qual Jonathan André Suckel foi denunciado por estar incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, em concurso material com o art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03. No presente feito, os policiais receberam uma denúncia anônima, de

¹⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Terceira Câmara Criminal. Ementa: JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO DA CÂMARA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. TEMA 280 DO STF. RETRATAÇÃO. MANUTENÇÃO. Acórdão da Câmara que absolvia o réu em razão da ilegalidade da prova material obtida com violação de domicílio. Interposição de Recurso Especial e Extraordinário pelo Ministério Público. Consulta acerca da possibilidade de retratação. Conformidade do julgamento da Câmara com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO (TEMA 280 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO) Segundo se extrai da denúncia, diante de denúncias anônimas, havia investigação policial prévia sobre a suspeita de prática do delito de tráfico de drogas pelo réu. e, diante do recebimento de informações de que o acusado tinha em seu poder considerável quantidade de droga, e ausente de mandado de busca e apreensão, deslocaram-se até a casa do acusado, e franqueada pela sua irmã, foi autorizado o ingresso no domicílio, momento em que localizaram a droga apreendida, além de uma pistola calibre 635, sem numeração aparente. A natureza permanente do delito de tráfico de drogas não é suficiente para excepcionar a garantia prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. A entrada em domicílio sem mandado judicial só é lícita diante de situação de flagrante delito, desde que aferível por fundadas razões em momento anterior ao ingresso no domicílio. Não pode a mera suspeita infundada, mesmo com a eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado, convalidar o ato ilegal. Não é razoável que os policiais tenham ingressado na residência, sem que tivessem o consentimento do proprietário para tanto, sem que tivesse um mandado judicial, ou mesmo, sem que estivessem diante de uma situação de flagrante delito. Não houve “fundadas razões” para a violação da privacidade domiciliar sem mandado judicial, conforme a interpretação normativa constitucional definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, bem como a contaminação de todas as outras provas derivadas, torna-se impositiva a absolvição dos réus. Precedentes. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO AFASTADA. RETORNO DOS AUTOS À 2ª VICE-PRESIDÊNCIA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70077021244**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 26 set. 2018.

que o denunciado tinha em seu poder quantidade expressiva de droga, razão pela qual se dirigiram ao endereço indicado, esclareceram a situação à irmã do referido, a qual franqueou a entrada da autoridade policial, uma vez que não havia autorização judicial para o ingresso na residência.

A questão abordada no acórdão supramencionado aborda a legalidade na busca de objetos ilícitos por policiais militares na residência do réu, sem que haja mandado judicial, ainda que a entrada tenha sido franqueada pela irmã do referido. Os policiais alegaram que não havia tempo hábil para representação pelo mandado de busca e apreensão, pois a substância entorpecente poderia ser retirada da casa a qualquer tempo, e que o caráter permanente do crime de tráfico de drogas por si só, já autorizaria o ingresso no domicílio do acusado.

Ademais, não se percebeu, no caso em tela, que havia uma investigação mais apurada - que é o que as denúncias anônimas facultam - acerca do fato, tampouco notou-se “fundadas razões” para o ingresso domiciliar, em virtude de que a entrada na residência de JONATHAN se deu sob o viés de denúncias anônimas. Consta na íntegra da decisão que a autoridade policial vinha acompanhando o delito, e por isso, teve tempo prévio para solicitar mandado de busca e apreensão.

Deste modo, o acórdão absolutório tornou-se impositivo, tendo em vista que não é coerente ingressar no domicílio de outrem, ainda que se tenha a autorização da irmã, utilizando-se somente do argumento de ausência de tempo hábil para solicitação de autorização judicial. Ainda, na decisão consta como inadmissível a utilização do argumento anteriormente mencionado, aliado ao fato de que se a entrada não fosse realizada naquele dia, haveria o risco da droga ser retirada da residência.

Somando-se ao embasamento do presente feito, está o fato de que a inviolabilidade domiciliar, prevista no inciso XI, do art. 5º, do texto constitucional, não pode ser violada, sem autorização judicial, quando não houver estado de flagrância em momento anterior ao ingresso no domicílio. Não prosperando o argumento, então, de que o caráter permanente do crime de tráfico de drogas autoriza, automaticamente, os agentes a ingressar no domicílio, consoante interpretação do Recurso Extraordinário 603.616/RO.

Não obstante, na apelação n.º 70078871332¹⁸⁶, também se utilizou da decisão do Recurso Extraordinário 603.616/RO. No caso em tela, policiais receberam denúncias de que no interior de uma residência havia um veículo com registro de roubo e que no mesmo recinto, estava um indivíduo foragido do sistema prisional. Momentos após o recebimento da informação, os policiais foram até o local indicado, oportunidade em que efetuaram a prisão em flagrante do réu ADRIANO RODRIGUES, o qual restou indiciado pelo delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Neste diapasão, constou na referida decisão que restou evidenciada a situação de flagrância, uma vez que ADRIANO, ocultou, permanentemente, um veículo roubado no interior de sua residência, não cabendo a argumentação da Defesa de que as provas foram colhidas ilicitamente e sob invasão de domicílio. E, para tanto, novamente o julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO foi utilizado para fundamentar a referida decisão, que tornou impositiva a manutenção da sentença condenatória.

¹⁸⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Sexta Câmara Criminal. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. No caso vertente, não há qualquer nulidade a ser reconhecida no âmbito da prova inquisitorial produzida, pois o réu estava em situação de flagrância, não tendo havido qualquer violação do seu direito constitucional de inviolabilidade do domicílio. Sobre a matéria é a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário Representativo de Controvérsia nº 603.616 (Tema 280). No mérito, a materialidade do fato-recepção e autoria do réu estão comprovadas no caderno processual. A prova do dolo na conduta do agente, pela natureza do que se busca comprovação, emerge do exame global das circunstâncias que permeiam o fato. No caso dos autos, a prova do dolo é cristalina, tendo o réu ocultado veículo roubado (crime antecedente) na garagem da casa em que ele estava residindo, sendo preso em flagrante no local. A palavra dos policiais civis pode constituir prova idônea à condenação, quando roborada por outros elementos de prova, como é o caso. A pena carcerária definitiva do réu vai reduzida, em razão da redução da pena-base ao mínimo legal, bem assim do quantum de aumento pela agravante da reincidência. A pena de multa cumulativa segue o mesmo caminho e vai reduzida. O réu não faz jus ao reconhecimento da detração, pois cumpre pena carcerária definitiva de forma concomitante. Manutenção das disposições periféricas da sentença, com determinação de retificação do PEC provisório e oficiamento à VEC competente sobre o resultando do presente julgamento. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. M/AC 8.319 S 26.09.2018. p. 45. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70078871332**. Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 26 set. 2018.

Os reflexos do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO também foram mencionados à apelação n.º 70076073287¹⁸⁷, na qual a ré Vera Beatris Martins Machado foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que a Defesa apelou sob o argumento de que as provas foram colhidas ilicitamente, razão pela qual postulou o reconhecimento da ilicitude quanto à materialidade do delito, requerendo a respectiva absolvição da referida.

No presente feito, foi sustentado a Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 603.616, tendo em vista que os policiais estavam em patrulhamento, momento em que visualizaram dois indivíduos próximos à janela da casa da denunciada, os quais empreenderam fuga ao perceber a presença da polícia no local. Nesse instante, a acusada jogou um objeto no chão e tentou fechar a janela referida, oportunidade em que a autoridade policial lhe abordou, bem como ingressou no domicílio de VERA BEATRIS, e encontrou certa quantidade de droga e uma niqueleira com dinheiro em espécie.

Acontece que a apreensão da substância entorpecente através do ingresso no domicílio não decorreu de prévia investigação, tampouco a situação dos dois indivíduos em frente à casa de VERA BEATRIS, com a consequente fuga de ambos ao notarem a presença da autoridade policial e a tentativa de fuga da denunciada

¹⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Terceira Câmara Criminal. Ementa: JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO DA CÂMARA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. TEMA 280 DO STF. RETRATAÇÃO. MANUTENÇÃO. Acórdão da Câmara que absolvía o réu em razão da ilegalidade da prova material obtida com violação de domicílio. Interposição de Recurso Especial e Extraordinário pelo Ministério Público. Consulta acerca da possibilidade de retratação. Conformidade do julgamento da Câmara com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO (TEMA 280 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO) Segundo se extrai da denúncia, o ingresso dos policiais militares na residência da recorrida ocorreu quando estavam em patrulhamento ostensivo, e visualizaram dois indivíduos junto à janela de uma residência, sendo atendidos pela denunciada, os quais fugiram ao perceber a ação policial. A natureza permanente do delito de tráfico de drogas não é suficiente para excepcionar a garantia prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita diante de situação de flagrante delito, desde que aferível por fundadas razões em momento anterior ao ingresso no domicílio. Não pode a mera suspeita infundada, mesmo com a eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado, convalidar o ato ilegal. Não é razoável que os policiais tenham ingressado na residência, sem que tivessem o consentimento do proprietário para tanto, sem que tivesse um mandado judicial, ou mesmo, sem que estivessem diante de uma situação de flagrante delito. Não houve "fundadas razões" para a violação da privacidade domiciliar sem mandado judicial, conforme a interpretação normativa constitucional definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, bem como a contaminação de todas as outras provas derivadas, torna-se impositiva a absolvição dos réus. Precedentes. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO AFASTADA. RETORNO DOS AUTOS À 2ª VICE-PRESIDÊNCIA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70076073287**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 03 out. 2018.

não gerou circunstância capaz de concluir que estivesse ocorrendo uma situação de flagrante. Portanto, de acordo com o entendimento jurisprudencial, no caso em tela, não houve “fundadas razões” quanto ao ingresso da autoridade policial, sem a devida autorização judicial.

Optou-se então pela manutenção do acórdão absolutório sob o viés de que não poderão ser produzidas provas ilícitas, que violem à garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988. Ou seja, ainda que o crime de tráfico de drogas tenha caráter permanente, o referido só dispensa a presença de mandado judicial para ingresso domiciliar, quando houver clara circunstância de estado de flagrância, deixando de prosperar os argumentos das autoridades policiais de que o caráter permanente do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 autoriza o ingresso na residência, sem autorização judicial.

O entendimento também ponderou que as “fundadas razões” devem ser avaliadas “*ex ante*”, quer dizer que a constatação do caráter permanente do crime não pode ser realizada após um ingresso desautorizado, o que gera a ilegalidade do ato e a respectiva nulidade da materialidade da prova. Como no caso em questão, não haviam demais provas, além das colhidas ilicitamente, tornou-se impositiva a absolvição da acusada, em concordância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO.

O que se observa nas decisões acima elencadas, é a dificuldade de estabelecer um parâmetro que se encaixe em “fundadas razões”. Nesta senda, percebe-se que na primeira e na última jurisprudência, os relatores se utilizaram da tese jurídica utilizada pelo desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, quando do julgamento da apelação n.º 70070638267¹⁸⁸:

¹⁸⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Terceira Câmara Criminal. Ementa: APELAÇÃO CRIME. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA RECONHECIDA DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE DECRETADA. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. Abordagem policial realizada na residência de um dos acusados sem mandado judicial e nem autorização desse, mas baseada apenas em “denúncia anônima” realizada por ligação telefônica. Apreensão de uma pedra de crack, peso não especificado, e 38 gramas de maconha que estavam em poder dos acusados. A localização de droga após a entrada das autoridades policiais na residência não é suficiente para preencher o requisito constitucional estabelecido para possibilitar a limitação ao direito fundamental à privacidade, sem que se tenha verificado uma perseguição motivada ou mesmo alguma atitude suspeita antes do citado ingresso domiciliar. Situação que não abarca o devido enquadramento na condição de “fundadas razões” nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, torna-se impositiva a absolvição dos réus. RECURSO PROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70070638267**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 23 nov. 2016.

Ademais, com relação ao supramencionado critério estabelecido, já me manifestei anteriormente, em artigo redigido em coautoria com o Ilustre Des. Jayme Weingartner Neto. Por oportuno, transcrevo trecho do texto citado:

“Cremos, todavia, que o critério capaz de deslindar a polêmica é, por óbvio, **a verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio - que se opera no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé. Se o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual-penal, então vão comprometidas as provas da materialidade dos delitos de tráfico, receptação e porte ilegal de arma, por exemplo.**

[...]

Suspeita, para ser fundada, é intuitivo, precisa fundar-se, amparar-se em elementos objetivos – sem descuidar nuances subjetivas, desde que externalizáveis (daí o direito penal do fato) –, ainda que indiciados. O foco, nesta hipótese, não seria “o” traficante, mas condutas e atos, minimamente circunstanciados e que, na experiência policial, no “id quod plerumque fit”, ou até mesmo na **intuição sagaz do agente estatal, constituem motivação idônea**, é dizer, **racional, para a ingerência em direito fundamental.**”¹⁸⁹ (grifo do autor).

Percebe-se então, que a decisão do Recurso Extraordinário vem, frequentemente, sendo utilizada pelo Poder Judiciário gaúcho. As jurisprudências mencionadas representam que a interpretação do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO é ponderada de acordo com as condições em que se deu o delito, o meio em que as provas foram produzidas, bem como as circunstâncias em que a prisão foi realizada, podendo absolver ou manter a condenação em segunda instância.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Campinas, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/470/358>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como finalidade abordar as restrições da garantia fundamental da inviolabilidade domiciliar, a qual sofreu aderência de interpretação após o julgamento do RE 603.616/RO, no qual foram definidos parâmetros para o ingresso domiciliar, sem mandado judicial, desde que sob “fundadas razões”, sendo essas devidamente justificadas *a posteriori*. Ainda, observou-se o impacto da referida decisão no julgamento do HC 138.565/SP pelo STF, e na jurisprudência de segunda instância, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Anteriormente ao julgamento do RE 603.616/RO, o entendimento adotado era de que se no domicílio estivesse ocorrendo crime de caráter permanente, a entrada era possível, independentemente de autorização judicial, justamente pela esfera permanente - que se protraí no tempo -, caracterizando e estendendo, então, o estado de flagrância. Após o referido julgamento, adotou-se que o ingresso domiciliar, ausente de autorização judicial, ainda que durante à noite, deverá conter “fundadas razões”, as quais deverão ser justificadas *a posteriori*, sendo que o contexto deverá indicar que está ocorrendo situação enquadrada como flagrante delito.

Desta forma, o estudo é esmiuçado em três capítulos. No primeiro capítulo, foi abordada a inviolabilidade domiciliar à luz da constituição federal, iniciando pela importância dos direitos fundamentais, subdivididos em cinco gerações, de acordo com o contexto histórico da época. Subsequentemente, se dissertou acerca da evolução histórico-doutrinária do vocábulo de domicílio, o qual também sofreu algumas modificações, cada vez mais abrangendo o conceito de domicílio, e posteriormente foram introduzidas as principais restrições à inviolabilidade domiciliar.

No segundo capítulo, o estudo se concentrou na esfera penal, passando a elencar as situações de flagrante delito, a qual exige certa cautela do agente. Cautela essa, que se não for tomada, poderá incorrer o agente ou qualquer do povo no crime de violação de domicílio. Ainda, discutiu-se acerca do caráter definidor do crime permanente, do cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, e da nulidade decorrente da produção de prova ilícita, quando o direito da inviolabilidade domiciliar resta violado. O capítulo é finalizado com a exposição das consequências no âmbito civil, penal e disciplinar, quando houver abuso de autoridade por parte do agente, no exercício de sua função.

Por fim, é realizada a análise jurisprudencial de julgado do STF posterior ao RE, bem como julgados do TJRS, embasados no RE referido. Nesta toada, em comparado às decisões tanto pelo STF quanto pelo TJRS, se percebe a fundamentalidade da autoridade policial trabalhar em conjunto com a autoridade judicial, em virtude de que se ambas atuarem em conjunto, desde a fase da investigação, a produção de provas pode ocorrer de modo lícito, não ensejando na nulidade dos atos, e conseqüentemente o combate à criminalidade se torna mais efetivo. Ainda, salienta-se a importância das investigações serem apuradas com cautela, no sentido de averiguar minuciosamente as denúncias anônimas recebidas, para evitar de invadir o domicílio de outrem.

Insta salientar, que a autoridade policial exerce um dos papéis mais importantes na interpretação do texto constitucional previsto no inciso XI, do art. 5º, tendo em vista que cabe aos policiais, quando no exercício de sua função, avaliar se o que está acontecendo no interior do domicílio configura estado de flagrância. Para tanto, a mudança na interpretação estabeleceu diretrizes para o ingresso domiciliar, com o intuito de evitar eventuais arbitrariedades realizadas pelas autoridades, uma vez que não se constatando “fundadas razões”, os agentes podem incorrer em sanção disciplinar, civil e penal.

A análise jurisprudencial exercida revelou que a aplicação da decisão ocorrida no RE 603.616/RO tanto pelo STF, quanto pelo TJ, pode absolver ou condenar os réus, provando que a decisão do RE pensou tanto na figura do agente como na figura do investigado. Ou seja, foi levado em conta o fato de que o ingresso domiciliar, sem autorização judicial, pela autoridade policial, deve ter critérios, para auxiliar no exercício da função do agente, ao estabelecer “fundadas razões”, mas também para assegurar ao investigado, de que o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar não seja violado.

Observa-se que, ao longo da análise jurisprudencial apresentada, o TJRS acolheu a decisão advinda do RE 603.616/RO, bem como adequou-se ao fato de que a referida teria que ser aplicada caso a caso. Somando-se a isso, nota-se, pelas jurisprudências de segunda instância elencadas no estudo, que as “fundadas razões” expostas pela autoridade policial para adentrar no domicílio de outrem somente ensejaram condenação do investigado quando havia investigação prévia consistente. Importante mencionar ainda, que conforme o exposto no presente

estudo, assim como os julgadores, os doutrinadores já acolheram a decisão do RE 603.616/RO ao abordar o assunto do direito da inviolabilidade domiciliar.

O RE 603.616/RO, então, possibilitou a reflexão acerca da atual realidade brasileira: de um lado, a criminalidade com armamento de alta tecnologia; de outro, as comunidades que, constantemente, sofrem por abuso de autoridade, passam por contínuas situações de violação de domicílio. No cerne da referida questão, a nova decisão trouxe aderências ao texto constitucional, de tratados dos quais nosso país é signatário, e demonstrou que, ainda que a CF tenha sido promulgada em 1988, a mesma ainda atende as principais demandas sociais, procurando preservar os direitos fundamentais de toda uma nação.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Método, 2014. (Série carreiras federais). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

AGRA, Walber Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 out. 2018.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles Camargo. **Dos recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Direito à segurança do domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Série universitária). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 04 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANCO, Tales Castelo. Inviolabilidade domiciliar, buscas e apreensões e prisão em flagrante. **Revista do Instituto dos Advogados**, São Paulo, v. 14, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. **Lei n.º 4.898, de 09 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>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma extingue processo contra réu que teve casa vasculhada por policiais sem mandado judicial**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 138.565/SP de 2016**: Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748112113>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO de 2015**: Tribunal Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo define limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303364>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

CABETTE, Eduardo Santos. **Direito penal**: parte especial I: arts. 121 a 212. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

CAMPOS, Pedro de. **Direito penal aplicado**: parte especial do código penal (arts. 121 a 361). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 14 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo penal simplificado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**: atualizado de acordo com as leis n.ºs 12.971/14 e 13.104/15. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

ESTEFAM, Andre. **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 234-B)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Algumas considerações sobre o princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 1995. 11 v.

HESSE, Konrad. **Série IDP: temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

MANZANO, Luís Fernando Moraes. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. 2 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - curso de direito constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESSA, Ana Flávia. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. _____. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

MORAES, Guilherme de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

MORAES, Guilherme Peña de. **30 anos da CF e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

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

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. (Coleção Elementos do Direitos).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PLENO – Definidos limites para entrada da polícia em domicílio sem autorização judicial. *In*: Canal Supremo Tribunal Federal, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_e47Akm0GPU&t=2590s>. Acesso em: 12 out. 2018.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Rios. **Coleção sinopses jurídicas: processo penal; parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 14 v. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 27 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70070638267**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 23 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70076073287**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 03 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70077021244**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 26 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70078871332**. Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 26 set. 2018.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito penal: parte geral I - princípios até teoria de delito.** São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito 4). Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional.** Rio de Janeiro: Manole, 2011. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Campinas, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/470/358>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas.** 7. ed. São Paulo: Millennium, 2005.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de direito constitucional.** São Paulo: Manole, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Podivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v.

TRINDADE, André Fernando Reis. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.