

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

TERCIANO DE OLIVEIRA SANTOS

A MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR  
DO DOMICÍLIO PARA FINS DE PRISÃO EM FLAGRANTE

ARACAJU – SE  
2016

TERCIANO DE OLIVEIRA SANTOS

A MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR  
DO DOMICÍLIO PARA FINS DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada a Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe um dos  
pré-requisitos para a obtenção do grau de  
bacharel em Direito

Nome do Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa  
Cerqueira

ARACAJU-SE  
2016

TERCIANO DE OLIVEIRA SANTOS

A MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR  
DO DOMICÍLIO PARA FINS DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Ermelino Costa Cerqueira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Daniela Carvalho Almeida da Costa  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Carlos Magno de Oliveira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho e essa jornada a Deus que me deu força e coragem para chegar até aqui, A minha mãe que sempre me apoiou nos momentos mais difíceis, que soube ser mãe, mas também soube ser uma amiga quando tantas vezes eu precisei, foi minha base meu alicerce e não me deixou esmorecer com os intempéries da vida, que tantas vezes abriu mão dos seus sonhos para que eu e meus irmãos pudéssemos sonhar, com seu exemplo de carácter e dignidade e força de vontade me fez ser quem sou essa conquista é muito mais dela do que minha e a ela a minha gratidão e reconhecimento por tudo na minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me dado força, saúde e persistência para superar todos os obstáculos.

Aos minha mãe Cicera de Oliveira, pela formação adquirida, pelo incentivo e apoio em todos os momentos, bons ou difíceis, sem a sua dedicação seria muito mais difícil chegar até aqui, que com sua garra e exemplo de vida me fez ser quem sou.

Ao meu pai Cicero Vieira Santos (in memoriam), pelos valores morais de carácter e integridade me passou.

Aos meus irmãos José Oliveira e José Cicero Oliveira (in memoriam), pelo carinho, incentivo e esforço dessa caminhada.

Aos meus familiares, que sempre acreditaram em meu potencial, contribuindo direta ou indiretamente nesta conquista.

Aos meus amigos e colegas, próximos ou distantes, que me apoiaram, incentivaram-me e, muitas vezes, aconselharam-me, mostrando os obstáculos a serem superados, e não posso deixar de citar nessa jornada aqueles que estão na mesma caminhada que eu, ou já cumpriram essa etapa, mas que fizeram a minha jornada mais agradável, a eles: Ellen Claudia; Cassius Sant`Ana; Ícaro Farias, Thiago Melo; Anne Carolline; Ana Clécia; Marcelo Barbosa; Saulo Fontes; Veronica Xavier; Cheiene; Paula Andrade; Adriana Barbosa; Carlinhos(da caixa); Guilherme; Aragão e Flavia Angélica os meus sinceros agradecimentos.

Minha gratidão à equipe da coordenação do curso de Bacharelado em Direito, pelo apoio e por estarem sempre dispostos a tirar nossas dúvidas acadêmicas.

Ao meu professor e Orientador Ermelino Cerqueira, pelo auxílio, paciência, atenção, força e coragem depositada em mim.

Aos demais professores, agradeço pelo conhecimento transmitido, pela compreensão e amizade que facilitaram nessa caminhada. Vocês foram imprescindíveis na minha formação acadêmica.

Por fim agradeço a todos que de uma maneira ou de outra contribuíram pra essa valiosa conquista, sem os ensinamentos e dedicação a nós repassado jamais conseguiríamos concluir com eficácia esta difícil missão, na qual aceitei

cumprir, dessa forma, conseguiremos pleitear por um mundo mais justo e igualitário para todos.

## RESUMO

O presente trabalho destaca aspectos relevantes da garantia fundamental a inviolabilidade prevista no artigo no artigo 5º inciso L, da Constituição Federal Brasileira de 1988, analisando as hipóteses de relativização desse direito. A interpretação literal do referido artigo tem justificado a atuação arbitrária dos policiais e o desrespeito dessa direito fundamental. Assim o trabalho busca analisar a possibilidade de prisão em flagrante através da entrada não autorizada em domicílios fundamentada na ocorrência de crime permanente como caso do crime de tráfico de drogas. O presente trabalho justifica-se pela ocorrência de diversas invasões domiciliares, sem justa causa, em casos de delitos permanentes, tendo em vista que essa figura delitiva enseja a prisão em flagrante a qualquer tempo. O trabalho é baseado em pesquisas bibliográficas e desenvolvido através do método indutivo. Apresenta-se organizado em capítulos Tal discussão, terá como objeto principal o Recurso Extraordinário 603.616 – RO. O processo teve início com a denúncia de que duas pessoas teriam infringido a Lei 11.343/2006 em seus artigos 33, 35 e 40, inciso V, tal recurso extraordinário suscitou a discussão sobre a legalidade da invasão de domicílio sem mandado judicial e trouxe inovações sobre o tema. Essa discussão no Supremo Tribunal Federal pacificou o tema, já que foi atribuída a decisão o efeito de repercussão geral.

Palavras-chave: constituição federal; invasão de domicílio; direito fundamental; recurso extraordinário.

## **ABSTRACT**

This paper highlights relevant aspects of the fundamental guarantee the inviolability provided for in Article in Article 5 paragraph L of the Brazilian Federal Constitution of 1988, analyzing the chances of relativization that right. The literal interpretation of that article has justified the arbitrary actions of the police and the disregard of this fundamental right. So the work is to analyze the possibility of arrest in flagrante by unauthorized entry into households based on the occurrence of permanent crime as a case of drug trafficking crime. This study is justified by the occurrence of various home invasions, without cause, in case of permanent offenses, given that this figure delitiva entails the arrest in flagrante at any time. The work is based on literature searches and developed through the inductive method. It presents organized into chapters This discussion will have as main objective the Extraordiário Resource 603,616 - RO. The process began with a complaint that two people would have infringed the Law 11.343 / 2006 in Articles 33, 35 and 40, section V, such extraordinary appeal raised the discussion on the legality of home invasion without a warrant and brought innovations on the theme. This discussion in the Supreme Court settled the issue, as it was assigned to the general decision rebound effect.

Keywords: Federal Constitution; home invasion; fundamental right; extraordinary appeal.



## LISTA DE SIGLAS

CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

	Página
<b>INTRODUÇÃO</b>	11
<b>CAPÍTULO I – DIREITO À INVOLABILIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL</b>	
1.1 - Breve histórico	13
1.2 - Previsão Constitucional – CF/88	15
1.2.1 - Conceito jurídico de domicílio	16
1.2.2 - Objeto jurídico protegido no direito à inviolabilidade domiciliar	17
1.3 – Exceções legais a inviolabilidade	18
<b>CAPÍTULO II – PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO</b>	
2.1- Aspectos histórico sobre o fundamento da prisão em flagrante	20
2.2 - Prisão em flagrante no ordenamento jurídico brasileiro	22
2.3 - Natureza jurídica	23
2.4 - Modalidades de flagrante	24
2.5 - Sujeitos da prisão em flagrante delito	26
2.6 - Novas regras estabelecidas pela Lei 12.403/2011	27
<b>CAPÍTULO III – CRIMES PERMANENTES COMO EXCEÇÃO À INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO</b>	
3.1 - Divergência da doutrina sobre o tema	31
3.2 – A produção de provas ilícitas	35
<b>CAPÍTULO IV - ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 – RO</b>	37
<b>CONCLUSÃO</b>	43
<b>REFERÊNCIAS</b>	45
<b>ANEXOS</b>	48

## INTRODUÇÃO

No Brasil verifica-se diuturnamente práticas perniciosas das autoridades judiciárias policiais, no que tange a realização de prisões, busca e até mesmo apreensões nos domicílios de diversas famílias, principalmente daquelas mais vulneráveis.

As ações policiais, em regra ocorrem sem mandado judicial ou qualquer situação concreta que evidencie a ocorrência de um crime no interior do domicílio, tal devassa deve ser reprimida pelo Estado, tendo em vista que configura-se uma infração penal, pois o direito a inviolabilidade domiciliar que está previsto no artigo 5º inciso L da Constituição Federal está sendo desrespeitado.

Dessa forma, nota-se a relativização dessa garantia fundamental, e a atuação policial baseada em suspeitas frágeis, quanto a prática de infrações penais. A doutrina e a jurisprudência têm legitimado tais atuações abusivas e arbitrárias.

É dessa intranquilidade que nasce o presente trabalho, que tem como objetivo analisar entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a invasão de domicílio em caso de flagrante delito permanente e verificar se realmente a iniovabilidade domiciliar essa garantia positivada em diversas legislações nacionais e internacionais está sendo assegurada.

Essa análise será feita a partir do Recurso Extraordinário nº 603616-RO que trouxe inovações quanto ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, sendo possível verificar uma tímida, mas importante mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho justifica-se pela ocorrência de diversas invasões domiciliares, sem justa causa, em casos de delitos permanentes, tendo em vista que essa figura delitiva enseja a prisão em flagrante a qualquer tempo.

O trabalho é baseado em pesquisas bibliográficas e desenvolvido através do método indutivo. Apresenta-se organizado em capítulos, assim distribuídos: no primeiro capítulo introdutório discute-se a origem do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, sua previsão constitucional, além de apresentar o conceito jurídico de domicílio e o objeto jurídico protegido pela referida garantia, o capítulo traz também as exceções legais a inviolabilidade.

O segundo capítulo fará uma análise da prisão em flagrante delito, trazendo os aspectos históricos, a natureza jurídica, os sujeitos e as modalidades de flagrantes, além de ressaltar as novas regras estabelecidas pela Lei nº 12.403/2011.

Ao terceiro capítulo cabe a análise dos crimes permanentes como exceção à inviolabilidade de domicílio apresentando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e a questão da produção de provas ilícitas.

E ao quarto capítulo caberá a análise do Recurso Extraordinário nº 603616-RO.

O último capítulo destina-se as considerações e conclusões resultantes desse trabalho.

## **CAPÍTULO I – DIREITO À INVIOABILIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

### **1.1 BREVE HISTÓRICO**

Os direitos civis e políticos foram historicamente construídos, sendo o direito à inviolabilidade domiciliar um dos mais essenciais para o ser humano. Na Carta Imperial de 1824, já havia previsão desse direito fundamental, em seu artigo 179, inciso VII, que previa:

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

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

Essa garantia tem assento em todas as Constituições brasileiras e deram origem a esse direito fundamental que se vislumbra atualmente.

Na Constituição de 1891 a primeira Carta Magna Republicana, seguiu em linhas gerais, o texto da Carta de 1824 e anotou que:

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

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

O mesmo ocorreu na Constituição de 1934, que sem grandes alterações estabeleceu em seu artigo 113, nº 16 que:

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

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

Com o advento da Constituição do Estado Novo em 1937 a inviolabilidade do domicílio foi assegurada, porém de forma mais genérica, já que o artigo 122, nº 6, assegurava:

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

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei

Contudo, o referido artigo foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 10.358 de 1942 com a decretação da Segunda Guerra Mundial. Com a redemocratização, a proteção dos domicílios dos cidadãos voltou a ser reforçado, de tal modo que a Constituição de 1946, em seu artigo 141, §15, dispõe:

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

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

Mesmo os textos constitucionais elaborados sob a égide do regime militar, a Constituição de 1967 em seu artigo 150, §10 e a Emenda 1 de 1969, em seu artigo 153 , §10 , preservaram a proteção a inviolabilidade do domicílio, pois em ambos dispositivos dispunham que:

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

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

É evidente que mesmo com a previsão constitucional, na prática, o referido dispositivo teve pouca aplicação pelas autoridades judiciárias, em função do período de exceção do regime militar que vigorou de 1967 a 1969.

Segundo Packard (1967, p. 10, apud Júnior, 2007, p. 19) “... uma sociedade sadia, civil, que tenha decoro, deve garantir ao indivíduo um oásis, um refúgio contra a indiscrição alheia, um recinto pessoal, um lugar inviolável que constitua sua cidadela”

Essa proteção remonta às tradições inglesas que ficam evidentes no famoso discurso do Lord Chatham, perante o Parlamento inglês que evidenciava:

“O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”.

Elaborado todo esse arcabouço histórico introdutório, verifica-se à atenção reservada à inviolabilidade domiciliar e a evolução desse direito no âmbito do direito constitucional comparado, tal garantia influenciou de forma significativa na construção da Constituição Federal de 1988 que será estudado de forma mais detalhada no próximo tópico desse trabalho.

## **1.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL – CF/88**

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu Título II os direitos fundamentais que “são parâmetros para limitação dos poderes constituídos, fazendo com que toda a atividade estatal se exponha à inviolabilidade, em caso de descon siderações (Branco; Mendes, p. 218).

Segundo Machado (2014) o direito à inviolabilidade domiciliar é um dos mais elementares do ser humano, sendo assegurado em diversas legislações do mundo ocidental, fazendo-se presente tanto nas Convenções de Direitos Humanos, quanto nas Constituições ou nas legislações infraconstitucionais.

A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental consagrado e está previsto no artigo 5º, inciso XI da CF, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Segundo Klopfer (apud Sarlet; Neto, p. 547):

“A inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz, de tal sorte que a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera 3 espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada”.

A garantia da inviolabilidade do domicílio tem proteção constitucional e deve ser observada por todos os operadores do direito, tal garantia é cláusula pétrea e visa preservar a integridade física do cidadão e a sua intimidade.

Para Canotilho é preciso lembrar, que:

“... a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva de direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a posição de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”.

Contudo vale destacar que os direitos fundamentais não são absolutos e sim relativos, e podem ser objeto de ponderação. Por isso, o próprio constituinte impôs restrições a esse direito, pois o dispositivo menciona as hipóteses legais em que é permitida a entrada de outras pessoas em seu domicílio sem autorização.

### 1.2.1 CONCEITO JURÍDICO DE DOMICÍLIO

O termo ‘casa’ colocado no dispositivo constitucional possui sentido amplo conforme prevê o artigo 150, §4º do Código Penal que prevê:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

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

Dessa forma, essa proteção constitucional possui uma abrangência jurídica ampla, contemplando a habitação individual, coletiva, ou qualquer espaço que não seja aberto ao público, independentemente do ânimo de residência ou moradia de seu titular (Machado, 2014).

Nesse sentido, verifica-se que deve ser considerado domicílio todo e qualquer espaço físico, no qual, o indivíduo pode gozar de sua privacidade, da maneira que lhe aprouver. É, portanto, aquele espaço delimitado em que o cidadão ocupa com exclusividade, seja para fim residencial, seja para fim profissional (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012).

Segundo Tucci (apud Pitombo, p.139) o conceito de casa deve ser interpretado de forma elástica, e explica:

“... habitação definitiva ou moradia transitória; casa própria alugada ou cedida; dependências de casa; qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; local de atividade profissional, fechado ao público; barco, trailer, cabine de trem, navio e barraca de acampamento; áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal.



São titulares desse direito tanto a pessoas físicas, nacionais ou estrangeiros, como as pessoas jurídicas, Canotilho afirma que:

“...no caso das pessoas físicas a titularidade estende-se a todos os membros da família que residem no local, assim como em geral toda e qualquer pessoa que habita ou exerce sua atividade no local, alcançando até mesmo presos e internados nos limites de seu local de internação, ressalvadas eventuais intervenções previstas em lei.

Vale destacar que a garantia da inviolabilidade não sofre qualquer restrição com relação a condição de proprietário, bastando ter a posse provisória, como no caso do quarto de hotel, ou até mesmo uma barraca instalada no camping (Sarlet; Weingartner, 2013).

O Supremo Tribunal Federal também corrobora com esse entendimento doutrinário e tem adorado esse conceito amplo de casa, conforme julgado o MS-MC 23.595 que afirmou que “a proteção constitucional visa a) qualquer compartimento habitado, b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”.

Diante do exposto, pode-se compreender que é inviolável qualquer espaço delimitado que não seja aberto ao público, de forma a proteger a vida privada do cidadão.

### **1.2.2 OBJETO JURÍDICO PROTEGIDO NO DIREITO À INVIOABILIDADE DOMICILIAR**

Segundo Castanho (2014, p.89) “deixar a proteção unicamente ao domicílio civil seria equivalente a deixar sem proteção as demais projeções da vida privada”.

Desse modo verifica-se que a inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído as pessoas em consideração a sua dignidade, com o objetivo de lhes assegurar uma ‘casa’ tranquila, na qual, possa desenvolver livremente sua personalidade.

Assim, pode-se afirmar que a garantia da inviolabilidade protege a dignidade humana e o direito do cidadão de ser deixado em paz dentro da sua casa. A doutrina tem afirmado que existe um nexo indissolúvel entre a inviolabilidade domiciliar e o direito a intimidade.

Leite (2015, p. 2) considera que “a inviolabilidade é uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade, em que se pretende ser

civilizada, pois abrange a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e da tranquilidade”.

Para Costa (2007) intimidade é a necessidade humana de encontrar no recolhimento a paz e o equilíbrio. Para o autor a proteção da personalidade se divide em duas esferas: a individual e a privada, de modo que todo o direito que se destina à proteção da individualidade serve à proteção da personalidade na esfera pública; por outro lado, a proteção da privacidade se destina ao desenvolvimento à margem da sociedade.

Silva (2005) entende que no que tange ao princípio da inviolabilidade do domicílio o indivíduo tem o direito fundamental de um lugar, no qual, possa gozar apenas com sua família de uma esfera jurídica privada e íntima, devendo ser respeitada a manifestação da pessoa humana e a vida doméstica livre de intromissão alheia.

Nesse sentido Cupello (2003, p. 131) afirma que “não é lícito ao Estado interferir na esfera pessoal ao ponto de subordiná-la inteiramente, sob pena de caracterização do “totalitarismo”, pois tendo como objetivo a valorização da pessoa humana, ao Estado é obrigatório proporcionar mecanismos capazes de levar à realização pessoal”.

Desse modo, compreende-se que o objeto jurídico protegido no direito à inviolabilidade domiciliar é a vida privada do cidadão que deve se desenvolver livremente sem interferências para um bom desenvolvimento pessoal do indivíduo.

### **1.3 EXCEÇÕES LEGAIS A INVOLABILIDADE**

Mesmo a casa sendo inviolável, o próprio artigo 5º inciso XI da Constituição Federal, traz hipóteses constitucionais, em que a violação do domicílio, sem o consentimento do morador é uma situação legal, são elas:

- i. por determinação judicial somente durante o dia – com relação a esse hipótese, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes, quanto ao período que pode ser considerado diurno, no entanto, na prática tem se considerado o período de 6 às 18h como diurno;
- ii. em caso de desastre;
- iii. para prestar socorro;
- iiii. em caso de flagrante delito, em qualquer hora do dia.

Vale destacar que, tais hipóteses também abrangem as contravenções penais.

Vale ressaltar que a exceção da entrada no domicílio por mandado judicial, exige-se uma situação fática emergencial que permita a violação de tal direito para a proteção de outro direito (Paulo et al., 2015).

Em se tratando de flagrante delito, explica-se:

[...] uma contingência lógica, pois se a polícia persegue um criminoso sem perdê-lo de vista seria mesmo desaconselhável impedi-la de prendê-lo simplesmente porque se refugiou em sua própria casa ou na de outrem. A expressão 'flagrante delito' traduz a prática atual de um fato criminoso. Assim, a invasão de uma casa é legítima se naquele exato momento estiver ocorrendo um delito em seu interior. A invasão também será constitucional se o crime houver sido praticado fora de sua casa, desde que o infrator nela se refugie devido ao cerco policial iniciado logo após o delito. Fundamental é que não se tenha havido interrupções na persecução, sob pena de se descaracterizar o estado de flagrância (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 222-223).

Desse modo, compreende-se que em caso de flagrante delito existe a premissão constitucional de invasão ao domicílio, no entanto duas situações devem se configurar: a) uma prévia perseguição ao suspeito; ou b) quando de tem informações lícitas e seguras da ocorrência de um crime no interior do domicílio. Caso essas duas situações não sejam verificadas a entrada na moradia será inconstitucional

A partir desse apontamento sobre a inviolabilidade domiciliar, passa-se no próximo capítulo a explicar a prisão em flagrante, de modo a confrontar a necessidade de segurança pública, frente a proteção constitucional do domicílio.

## **CAPÍTULO II – PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO**

### **2.1 ASPECTOS HISTÓRICO SOBRE O FUNDAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Através de uma análise histórica verifica-se que a noção de prisão em flagrante delito, já estava presente em diversas legislações pretéritas o que evidencia que a liberdade é um bem jurídico de relevante importância protegido pelo direito penal.

Segundo Barros (1982, p. 121) no Direito Romano, o flagrante tinha a finalidade de alcançar o testemunho público do fato punível e de autorizar o juiz a instruir o processo *ex-officio*, sem as formalidades solenes da acusação.

No entanto, por muito tempo imperou a prisão em flagrante decorrente do clamor popular, ou seja, as testemunhas que presenciavam o crime faziam alarme sobre o fato e davam evidência ao fato ocorrido, dessa maneira o suspeito era detido e autuado em flagrante.

Em 1821, o Decreto de 23 de maio foi aprovado, tal legislação determinava providências para a garantia da liberdade individual, e destacava:

Nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do Juiz, ou Magistrado Criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.

Pierangelli (1983, p. 53) esclarece que:

“(...) antes da promulgação da Constituição do Império foram proferidas algumas decisões, que receberam a denominação de “Decisões do Governo”, conhecidas como legislação suplementar. Dessa forma, o imperador legislava. Por meio da decisão n° 63, aprovada no dia 08 de março de 1824, foi determinada punição severa aos escrivãos que protelassem o andamento dos processos de presos miseráveis, consignando-se, ainda, na decisão n° 78, de 31 de março de 1824, que as sentenças proferidas fossem devidamente fundamentadas”.

Em todas as constituições e legislações anteriores foi mantida a preocupação com a prisão e em especial a prisão em flagrante, sendo que com a evolução histórica os conceitos, cabimentos e características da prisão em flagrante possuiu por uma grande evolução.

Fazendo uma análise da etimologia da palavra flagrância compreende-se que a palavra flagrante advém do latim *flagrans*, que significa ardente, brilhante, está a

pegar fogo. Nesse sentido, a expressão “flagrante delito” significa que o delito está acontecendo naquele exato momento, “surpreendido em plena crepitação” (Filho, 1998).

Tornaghi (1995,p. 48), afirma que o “flagrante é o que está sendo perpetrado, portanto, prender em flagrante é capturar alguém no momento em que comete um crime”.

Para Filho (1998, p. 420) “prisão em flagrante é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal”. Nesse mesmo sentido Nucci (2002, p.524) diz que “(...) prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).”

Vale destacar que a realização da prisão em flagrante é de responsabilidade dos órgãos que compõem a segurança pública, apesar do cidadão também possuir a faculdade de prender aquele que é encontrado praticando crime.

A prisão em flagrante pode ser considerada uma pré-cautela, e está sustentada no *periculum in mora*, ou seja, o perigo de se esvaír a prova que liga o fato criminoso ao seu autor. Além disso, o flagrante inviabiliza a fuga do responsável e assegura, se necessário, a futura aplicação da medida cautelar propriamente dita, com a manutenção da prisão (Cacciatori, 2007).

Barros (1982, p. 125) declara que “a prisão em flagrante delito representa uma pronta e eficaz tutela jurídica do Estado, que exercita seu poder de coação mediante autuação que configura verdadeira autodefesa. Esta atitude é também permitida ao próprio ofendido e a qualquer do povo”.

Segundo Cacciatori (2007, p. 19) a prisão em flagrante gera três efeitos: i) exemplaridade: serve de advertência aos maus; ii) satisfação: restitui a transparência aos bons; e iii) prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade.

Desse modo compreende-se que a prisão em flagrante representa uma “mal” para o autuado, porém em relação ao Estado representa uma necessidade válida e tolerada, observados os limites legais daquela necessidade (Tornaghi, 1995).

## 2.2 PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O artigo 302 do Código de Processo Penal, traz situações de imediatez entre o fato e sua ocorrência, estabelecendo que:

- Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
- I - está cometendo a infração penal;
  - II - acaba de cometê-la;
  - III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
  - IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Para garantir o cumprimento dos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, o Estado, precisa muitas vezes, se valer da aplicação de medidas restritivas a autores de eventuais delitos, tais medidas visam o bem e a segurança da coletividade.

No entanto, ressalta-se que a aplicação de qualquer restrição individual deve atender as formalidades prevista no ordenamento jurídico pátrio, como também obedecer as normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil. Segundo Machado (2010, p. 205):

[...] o art. 5º, § 2º, da Lei Maior, expressamente, incorpora ao seu rol de direitos e garantias fundamentais aqueles direitos e princípios decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. É dizer, os direitos e garantias expressos nos tratados internacionais de direitos humanos compõem mesmo o rol de direitos e garantias do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Têm, portanto, o caráter de normas constitucionais, asseguradas em favor dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país.

Desse modo, a Constituição Federal e os demais diplomas legais devem prevê em seus dispositivos a prisão cautelar que se enseja ainda durante a persecução penal, tal medida deve respeitar três requisitos: judiciedade, instrumentalidade e a provisoriedade.

Além dos três requisitos acima citado para o magistrado aplicar as prisões cautelares, o mesmo deverá fundamentar a sua decisão, de forma a demonstrar que estão presentes o *fumus commissi delicti*, prova indicando a autoria do delito, e o *periculum libertatis*, a liberdade do acusado ameaça o prosseguimento da ação penal (Delmanto Junior, 2011).

Cabe lembrar que a prisão em flagrante é uma medida acautelatória e não uma antecipação da pena, por isso se faz necessário buscar um equilíbrio entre a atuação do Estado no combate a criminalidade e a preservação do direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 da presunção de inocência.

### 2.3 NATUREZA JURÍDICA

O entendimento da doutrina quanto a natureza jurídica da prisão em flagrante não é pacífico. Távora e Alencar (2013, p. 561-562) trazem três correntes doutrinárias divergentes:

(1) uma que sustenta que a natureza jurídica da prisão em flagrante é a de ato administrativo, tal como o faz Walter Nunes da Silva Júnior, entendendo que “não se mostra coerente dizer que a prisão em flagrante é, ao mesmo tempo, um ato administrativo e mediada processual acautelatória”;

(2) outra, capitaneada por Afrânio Silva Jardim, reputa que “a prisão em flagrante, ao lado da preventiva, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória”, que reclama pronunciamento judicial acerca de sua manutenção;

(3) a última, na esteira de Tourinho Filho – posição a qual nos filiamos – que a considera um ato complexo, com “duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação ou manutenção ou transformação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva” (seria assim, ato administrativo na origem, sendo judicializado ao final). Aury Lopes Jr., em análise similar, chega à conclusão de que num primeiro momento o flagrante é medida pré-cautelar, “de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, onde caberá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão [...]”.

Nucci (2002, p.524) assevera que:

“Exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros requisitos para a configuração do crime.”; registrando que esta medida cautelar: “Tem, inicialmente, caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento da dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal.”

A partir dos conceitos apresentados sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante, verifica-se que tal medida visa assegurar a transparência dos elementos probatórios, permitindo assim que a polícia judiciária reúna o maior número de

provas deixadas pelo autor do crime no momento da execução do ato ilícito (Sznick, 1995).

## 2.4 MODALIDADES DE FLAGRANTE

A doutrina traz várias classificações sobre flagrante, cabe a este estudo tentar apresentar o maior número possível de espécies de flagrantes.

a) **Flagrante Próprio ou real:** nesse caso o autor é surpreendido executando o crime ou quando acabou de cometer o ilícito e está se retirando do local onde a conduta delituosa que consumou. Trata-se dos incisos I e II do artigo 302 do CPP, respectivamente.

Há uma certeza visual do crime. Nesse sentido Mossin afirma:

“Somente ficará caracterizado o flagrante quando o agente for surpreendido imediatamente após a sua consumação. Deve haver uma rigorosa imediatidade entre o cometimento do crime e o surpreendimento de seu autor. Caso contrário deixa de haver a flagrância delitiva, não podendo o agente ser preso” (1998, p. 365).

b) **Flagrante Impróprio:** é uma modalidade de quase flagrante e ocorre quando o autor após cometer o ilícito penal, no todo ou em parte é visto saindo do local do crime e é perseguido ininterruptamente por testemunhas, agentes da segurança pública e vítima, entre outros.

Segundo a doutrina essa hipótese traduz uma presunção de que nas condições em que o suspeito foi detido poderá ser ele o autor do crime. No entanto, é necessária uma construção lógica dos fatos para que se possa concluir pela autoria (Cacciatori, 2007).

O inciso III do artigo 302 do CPP, traz a expressão “logo após”, justamente para não haver interpretações divergentes. Desse modo segundo Tucci (1980, p. 225):

“... assim, se o autor foi visto saindo do local quando acabara de cometer o crime e é preso, estará configurada a hipótese do inciso II do citado artigo. A caracterização do inciso III ocorre quando o autor, por não ter sido detido nesse momento, obtém êxito momentâneo na fuga, logo após haver praticado o crime no todo ou em parte, mas, em razão da condição visual e informativa, é perseguido e detido por qualquer do povo ou mesmo pelos agentes da segurança pública”.

c) **Flagrante presumido ou ficto:** essa modalidade de flagrante se refere a hipótese descrita no inciso IV do artigo 302 do CPP.



Segundo Cacciatori (2007) para a caracterização do flagrante ficto é necessário que após a fuga do autor, vítimas ou testemunhas, tenham precebido o ocorrido e pessoalmente ou com a ajuda de terceiros comuniquem a polícia para que sejam tomadas as devidas diligências baseadas nas informações colhidas e assim encontrar o autor do delito.

d) Flagrante compulsório e facultativo: o artigo 301 do CPP, dispõe:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Segundo Cacciatori (2007) a obrigatoriedade de prender quem esteja praticando uma infração penal em situação de flagrancia é da autoridade policial que possui um dever jurídico, sendo que em caso de omissão a autoridade policial poderá responder criminal e administrativamente.

Para Capez (2002, p. 231):

“chama-se compulsório porque o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. Ocorre em qualquer das hipóteses previstas no art. 302 (flagrante próprio, impróprio e presumido), e diz respeito à autoridade policial e seus agentes, que têm o dever de efetuar a prisão em flagrante. Está previsto no art. 301, segunda parte, do Código de Processo Penal: “... as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

Sobre o flagrante facultativo o referido autor explica que:

“consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Abrange todas espécies de flagrante, previstas no art. 302, e se refere às pessoas comuns do povo. Está previsto no art. 301, primeira parte, do Código de Processo Penal: “qualquer do povo poderá... prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

e) Flagrante Prorrogado ou retardado: essa modalidade de flagrante está prevista na Lei 12.850/2013 e visa prevenir e reprimir ações praticadas por organizações criminosas.

Artigo 8º - Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Rangel (2005, p. 629) pondera que “o fato de retardar a prisão em flagrante, desde que haja um acompanhamento, não caracteriza o crime de prevaricação para a autoridade policial e os agentes envolvidos na investigação”.

Dessa forma, verifica-se que trata-se de uma investigação sigilosa com o objetivo de que a autoridade policial acompanhe a evolução da operação, e colha o maior número de provas possíveis a respeito da organização criminosa investigada para que o flagrante ocorra no momento certo.

f) **Flagrante Preparado:** nessa modalidade de flagrante o crime é considerado impossível, tendo em vista que as condições de sua ocorrência são totalmente planejadas, preparadas e monitoradas pela autoridade policial.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou por meio da Súmula 145 que diz:

Súmula 145 - Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

g) **Flagrante Forjado:** nessa modalidade o flagrante é montado e ocorre quando a autoridade policial ou um particular criam provas de um crime inexistente para prender alguém.

Nucci (2002, p.529) explica que “é fato atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer trecho da infração penal.” Por isso, nesses casos, além de não existir crime, o policial ou terceiro poderá por crime de abuso de autoridade, constrangimento ilegal, entre outros.

h) **Flagrante Esperado:** ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento da ocorrência de um crime e se prepara para efetuar a prisão do criminoso.

## **2.5 SUJEITOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO**

Os sujeitos da prisão em flagrante delito possuem especificidades. No caso o sujeito ativo é aquele que realiza a prisão do autor do crime.

Segundo Sá (2013, p. 15):

“A obrigatoriedade da prisão do agente apanhado em flagrante delito, imposta às autoridades policiais e seus agentes, constitui verdadeiro dever jurídico, sendo capaz de sujeitá-los, em caso de omissão, às sanções de natureza administrativa e até mesmo penal. É a chamada prisão em flagrante compulsória”.

Segundo Mirabete (2008) nos termos do artigo 301 do CPP, o sujeito ativo é aquele que realiza a prisão em flagrante do agente surpreendido cometendo uma infração penal, podendo ser qualquer pessoa, agente policial ou não.

No que concerne ao sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa detida em situação de flagrancia, no entanto, existem algumas exceções encontradas na legislação:

- Os menores de 18 anos, por serem inimputáveis (artigo 228 da CF; artigo 27 do CP);
- Os diplomatas estrangeiros (tratados e convenções internacionais);
- O presidente da República (artigo 86, §3º da CF);
- O agente que socorre vítima de acidente de trânsito (Código de Trânsito Brasileiro - Lei n. 9.503, de 23-9-1997, artigo 301);
- Todo aquele que se apresentar à autoridade, após o cometer do crime, pois é posição do Supremo Tribunal Federal (STF) que não existe flagrante por apresentação (posição do STF, RT, 616/400). No entanto, nada impede que, na apresentação espontânea do agente, seja-lhe decretada a prisão preventiva, desde que presentes os requisitos próprios, ou imposta, pelo juiz, outra medida cautelar alternativa à prisão (CPP, artigo 282, § 6º) (Capez , 2002, p. 319 e 320).

## **2.6 NOVAS REGRAS ESTABELECIDAS PELA LEI 12.403/2011**

O direito é uma ciência em constante evolução, que se transforma de acordo com as necessidades da sociedade, visando sempre o bem-estar das relações sociais.

Nesse sentido, verifica-se que as diversas modificações realizadas no decorrer do tempo tem como principal objetivo aprimorar as garantias e os direitos da sociedade. O Código de Processo Penal brasileiro sofreu algumas alterações, realizadas após o advento da Lei 12.403 de maio de 2011.

A Lei 12.403/2011, é fruto do projeto de lei nº 4.208/201, esse novo diploma legal introduziu alterações significativas no Código de Processo Penal, trazendo modificações e inovações no tratamento da prisão processual e outras medidas cautelares processuais.

Um dos artigos que sofreu alterações foi o artigo 306 do CPP, que passou a exigir que a prisão em flagrante de qualquer pessoa deve ser comunicada também ao Ministério Público. A comunicação ao Juízo competente já era prevista na Constituição Federal de 1988 e na própria redação anterior do CPP.

Artigo 306 - A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas

Segundo Souza (2011, p. 41):

“(...) as inovações introduzidas pela nova legislação deixam claro, desde logo, uma aproximação ao sistema acusatório acolhido na Constituição da República, malgrado a evidente contaminação por marcados resquícios inquisitórios (como, v.g., a possibilidade de decretação, durante o curso da ação penal, de prisão preventiva e outras medidas cautelares ex officio pelo juiz), e a sedimentação da ideia, também radicada no espírito da ordem constitucional, da prisão cautelar como ultima ratio, medida excepcional, a ser evitada sempre que possível, e só justificada em razões de extrema necessidade (o que se infere de dispositivos como os dos §§ 4º e 6º, do novo art. 282 do CPP), conforme deve ser num ambiente democrático”.

Para Oliveira (2008, p. 442) “as inovações trazidas pela Lei 12.403/201 representa um tímido, mas válido, avanço do legislador na direção do sistema acusatório consagrado na Constituição da República, sinalizando uma cada vez mais marcada tendência de desgarrar o processo de seu viés inquisitorial, e de há muito já vinha sendo reclamada pela doutrina”.

Diante da nova exigência, a doutrina passou divergir quanto a possibilidade do Juiz poder decretar a prisão preventiva de ofício, ou não, somente poderia fazê-lo caso fosse provocado pela Autoridade Policial ou pelo Ministério Público, sob pena de violação ao sistema acusatório.

Vale destacar que o sistema predominante no Brasil é o acusatório que prevê a a garantia do contraditório na relação processual; o processo é dotado de publicidade; há liberdade na produção e avaliação dos meios de prova; e, principalmente, há nítida divisão de tarefas, cabendo a pessoas distintas o exercício da função acusatória, a de defesa e a de julgamento, esta última caracterizada pela necessidade de imparcialidade e inércia do julgador (Silva, 2011).

O impedimento para a conversão de ofício está também previsto no artigo 282, §2ª do CPP que impede a decretação das medidas cautelares no curso do

inquérito policial de ofício pelo juiz. Dessa forma, compreende-se que não deve haver iniciativa do órgão jurisdicional na fase pré-processual.

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Lopes (2011, p. 39) adverte sobre a nova alteração legislativa e explica que “a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva demandaria requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, por entender inconstitucional a decretação de ofício pelo juiz”. Para o referido autor a “adoção do sistema acusatório impede que o juiz adote qualquer postura pró-ativa, seja quanto a determinação de medidas cautelares, inclusive a prisão e a produção de provas no processo”.

Nesse mesmo sentido Barros (2012) entende que:

“O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Fica claro que a prisão decretada *ex-officio* afronta o princípio acusatório, mas, infelizmente, com a leitura da nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, conclue que o juiz pode decretar a prisão preventiva *ex officio* no curso da ação penal.”

Vale destacar que a prisão preventiva é considerada a *última ratio* das medidas cautelares, dessa forma só deve ser utilizada pelo juiz como último instrumento no momento da análise do auto de prisão em flagrante, ou seja o juiz deverá esgotar todas as outras medidas cautelares disponíveis, elencadas no artigo 319 do CPP, em razão da sua excepcionalidade.

Por isso, além de ser uma decisão bem fundamentada o magistrado deve respeitar todos os requisitos para que esta conversão seja possível. Tais requisitos estão contidos no caput do artigo 312 do CPP, in verbis:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques entendem que:

Quanto à existência do crime nenhuma dúvida pode persistir. É preciso, assim, a prova da materialidade do delito, produzida, em regra, com o exame de corpo de delito (art. 158 do CPP). Sem ela, não é decretada a prisão preventiva (não basta mera suspeita). Já em relação à autoria, se satisfaz o legislador com indícios suficientes, dispensando a certeza absoluta (necessária apenas para justificar eventual sentença condenatória). Em suma, basta a 25 probabilidade razoável da autoria delitiva, gerando a convicção de que o agente foi o autor da infração, pressuposto a ser aquilatado no caso concreto (2011, p. 149)

Nesse contexto verifica-se que o magistrado deve ter muita cautela ao decretar a prisão preventiva, pois o mesmo deve ter um alto grau de convicção acerca da ocorrência do fato punível e da presença de indícios suficientes de autoria. Ainda sobre estes pressupostos, Lopes (2011, p. 48) complementa que “é necessária uma conduta aparentemente típica, ilícita e culpável e que não podem existir causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão da culpabilidade”.

No entanto, posicionamento doutrinário acerca da possibilidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva pelo juiz, ainda é marjoritário, tal posicionamento fere, tal princípio da presunção de inocência. Tal posicionamento, afronta demonstra uma interpretação limitativa do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando do exercício do contraditório na fase do inquérito policial.

## **CAPÍTULO III – CRIMES PERMANENTES COMO EXCEÇÃO À INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO**

### **3.1 DIVERGÊNCIA DOCTRINÁRIA SOBRE O TEMA**

O artigo 303 do Código Penal, dispõe que:

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Ou seja, por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. O tráfico de drogas é um exemplo de crime permanente e está previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 que prevê:

Art. 33. 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, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Desse modo, caso a droga seja encontrada em um domicílio o morador estará em situação de de flagrante delito, podendo ser preso em flagrante e o policial poderia entrar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão.

O referido artigo tem sido interpretado de maneira divergente entre os doutrinadores. Parte dos estudiosos afirmam que nos crimes permanentes, a situação de flagrância também é permanente, independentemente da maneira que foi detectada. Assim os órgãos policiais estariam autorizados a proceder as buscas, apreensões e até prisões, mesmo sem a existência de um mandado judicial ou consentimento do morador.

Vale destacar que essa interpretação deve ser feita com cuidado, pois segundo Beccaria (1997, p. 27) entende que:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

Essa parcela entende que “o crime permanente se amoldaria sem restrições à situação do artigo 302, I do CPP, ou seja, estaria o agente permanentemente participando o crime”. Nesse sentido, Nucci sustenta que “por uma questão de bom senso, cabe prisão em flagrante a qualquer momento, nem precisa existir o artigo 303 do CPP, pois o artigo 302, I, resolve o problema (Machado 2014, p. 152).

Segundo (Fischer; Pacelli, 2013) nos delitos permanentes a ação se protai no tempo, assim enquanto não cessar a permanência, poderá ser efetuada a prisão em flagrante delito. Isso porque durante a permamencia do delito considera-se que o agente está cometendo a infração.

Gomes (2013) defende a mesma tese e explica que umas das hipóteses que a Constituição Federal autoriza ingressar em casa alheia sem autorização judicial é em caso de flagrante, por isso não importa se a droga encontrada no domicílio seja para consumo próprio ou tráfico, em ambas as hipóteses a invasão do domicílio é autorizada.

Não só a doutrina, mas também a jurisprudência do Tribunais tem decidido, quase que pacificamente, que não se pode esquecer que nos casos de flagrante de crimes permanentes, é permitido o ingresso na residência do acusado sem ordem judicial, com ou sem o seu consentimento. Sendo o tráfico de drogas um crime permanente pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada” (Machado 2014, p. 152).



O juiz de direito Dr. Roberto Luiz Corcioli Filho nos autos do processo 0005285-78.2016.8.26.0271 emitiu a sua decisão quanto a legalidade da invasão domiciliar realizada por guardas municipais sob a justificativa da ocorrência de tráfico ilícito e uso indevido de drogas no interior do domicílio.

Segundo consta nos autos:

[...] Guardas municipais teriam recebido denúncia anônima da prática de tráfico no endereço lá indicado. Dirigiram-se para a residência indicada e lá observaram quando a adolescente adentrou à residência. Tocaram a campainha e ela teria esclarecido que se tratava da casa de seu namorado, de nome D, tendo supostamente autorizado a entrada dos GCMs. Na residência localizaram, entre outros objetos, a droga descrita no laudo de constatação (7.840 gramas de maconha e 347,5 gramas de cocaína). No entanto, perante a autoridade policial, a adolescente exerceu seu direito ao silêncio.

Em sua oitiva informal perante o Ministério Público, a adolescente sustentou que ao chegar na casa de seu namorado deparou-se com “um policial no quintal da residência”. “Este policial pediu apoio de outros policiais quando então iniciaram busca no imóvel”. Afirmou a adolescente que desconhecia a existência das drogas.

O Ministério Público, então, em sua manifestação, sustentou que “embora tenha assumido ter relacionamento amoroso com o proprietário do imóvel, por ora, não vislumbro indícios suficientes para vincular a menor ao tráfico de drogas desenvolvido no local dos fatos. Assim sendo, considerando que os fatos carecem de investigação mais aprofundada, manifesto-me pela liberação da adolescente, restituindo-se os autos à delegacia de polícia local para continuidade das investigações”. (Processo n. 0005285-78.2016.8.26.0271 - Auto de Apreensão em Flagrante - 09/08/2016 do TJSP).

O juiz então apresenta sua decisão e aponta dois motivos que tornam ilegal a entrada dos guardas municipais na residência:

**O pleito do Parquet não deve prosperar**, posto ser imperioso trancar a presente investigação com relação à adolescente, uma vez que foi deflagrada de modo inconstitucional.

Em primeiro lugar, porque se verifica uma **ilegal invasão de domicílio** no caso concreto.

Em segundo lugar, porque **guardas civis municipais não possuem a atribuição de patrulhamento e o poder de abordar pessoas em nosso ordenamento jurídico**.

Começando por este segundo ponto, tem-se que nos termos do art. 144, *caput* e incisos, da Constituição Federal, “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

No § 8º do artigo em questão, consta que “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Veja-se: “proteção de seus bens, serviços e instalações”. Não há a previsão de que atuarão “para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (em geral).

Se o modelo atual não é o mais adequado, se nos dias de hoje seria premente a participação também das guardas municipais na segurança pública, com atribuições de patrulhamento, abordagem, etc., o caminho correto a se seguir, dentro de um Estado Democrático de Direito, seria o de prévia alteração do ordenamento. Nunca, porém, ignorar-se simplesmente a Constituição e passarem os guardas municipais a agir fora de suas atribuições.

**Portanto, é dever do Judiciário declarar ser ilegítima a atuação da guarda municipal no sentido de efetivar patrulhamentos e abordar suspeitos.**

Caso muitíssimo diferente seria o da efetivação de uma prisão em flagrante – franqueada a qualquer do povo (art. 301 do CPP).

E não se argumente que no caso concreto, por se tratar de delito de tráfico, a permanência autorizaria a abordagem.

**Uma coisa seria o guarda visualizar a adolescente comercializando droga – formando seu juízo com base em dados concretos, devidamente descritos, e minimamente seguros da real ocorrência do ato infracional. Outra é ir averiguar suposta denúncia anônima, adentrando-se a uma residência para “conferir”.** Nesse caso, não há uma situação de flagrância a autorizar que qualquer um do povo (incluindo-se os guardas municipais, claro) viesse a “conferir” a residência de alguém, de modo a eventualmente confirmar que em tal local haja significativa quantidade de droga. Já se imaginou um justiceiro qualquer sair pelos bairros da cidade “colhendo denúncias anônimas” e adentrando a residências à procura de droga? Bem, não é preciso dizer mais. (Processo n. 0005285-78.2016.8.26.0271 - Auto de Apreensão em Flagrante - 09/08/2016 do TJSP).

A interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal é que se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial (RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014).

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

No entanto, tal interpretação é insatisfatória, já que se o policial ingressar no domicílio sem a certeza de que está ocorrendo um crime naquele momento, mas o flagrante ocorre, a prisão será efetuada e o policial terá cumprido o seu dever. No entanto, caso o flagrante não aconteça o policial terá incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, conforme prevê o artigo 150, §2º do CPP:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

Dessa forma, verifica-se que ao interpretar de maneira literal o artigo 5º inciso LV, o ingresso forçado em caso de flagrante delito é admitido, no entanto o núcleo central dessa garantia estaria fragilizado.

Essa reflexão foi suscitada no recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 603.616 – RO) que pretende fixar parâmetros para a autorização da entrada forçada em domicílio sem o mandado judicial competente.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 603.616, essa evolução decorre tanto da interpretação da própria Constituição Federal como também de sua integração com os tratados de direitos, dos quais o Brasil é signatário.

### **3.2 A PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS**

A prova ilícita remete à violação do direito material e não pode ser admitida em nenhum momento no processo. Amaral (2002, p. 8) faz a distinção entre a prova ilegal e a prova ilegítima:

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

Dessa maneira, assim que uma prova ilícita é identificada em um processo, cabe a parte ré peticionar para o desentranhamento desta do processo, pois tais provas não produzem efeitos e sua ineficácia retroge ao momento de sua produção.

Nesse sentido, a entrada forçada em um domicílio sem uma justificativa prévia, fundada em circunstância legítimas, é arbitrária, mesmo se constatado a flagrância, após a invasão.

A prova colhida sem a observância da garantia da inviolabilidade é ilícita, já que no momento da diligência não estavam presentes “as circunstâncias que

levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustrasse indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei” (Brasil, 2015).

Amaral (2012, p. 8) destaca:

Faço questão de colocar como exemplo o tráfico de drogas, por se tratar de situação extrema da criminalidade, que provoca ojeriza e revolta, sendo merecedora de intensa reprovação social e política de combate/guerra por parte do Estado. A tentação de ceder e desrespeitar a inviolabilidade do domicílio é grande, em nome de uma pretensa segurança pública. Sempre que o crime é grave, surgem vozes a defender a flexibilização dos direitos fundamentais de índole processual penal. Conforme nos lembram, oportunamente, Américo Bedê Junior e Gustavo Senna, “por mais bem intencionados que estejam os defensores da utilização da prova ilícita para a condenação, parece-nos que o risco de abusos, assim como a experiência recente da ditadura, conspiram pela não aceitação da tese. Ademais devemos lembrar que o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais impede uma interpretação que admita a prova ilícita pro societate. Esse é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito. “É o que se espera do juiz. Para dizer o óbvio, o juiz é o que o nome diz, um juiz, não um ‘justiceiro”.

Para Nicolitt (2010) o ingresso em domicílio, sem mandado judicial só pode ocorrer se houver uma visibilidade material do crime, em caso negativo que não vislumbra a situação flagrancial, caracteriza-se o crime de violação de domicílio, e conseqüentemente as apreensões são provas obtidas por meio ilícito.

## **CAPÍTULO IV - ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 – RO**

### **i) CASO CONCRETO**

O caso concreto apreciado tem origem nos autos nº 50120070044835, protocolado na vara de tóxicos de Porto Velho. O processo teve início com a denúncia de que duas pessoas teriam infringido a Lei 11.343/2006 em seus artigos 33, 35 e 40, inciso V.

Foi registrada a apreensão de cocaína na carroceria de um caminhão que trafegava pela rodovia federal. Os policiais interceptaram o veículo, no qual encontraram a droga. O motorista foi preso e alegou que foi contratado apenas para levar a droga até Goiânia e apontou o dono da transportadora, na qual trabalhava como o responsável pelos entorpecentes.

A diligência policial, sem mandado judicial de busca e apreensão se deslocou até a casa do dono da transportadora depois das 19 horas, sob a máxima do flagrante de crime permanente.

No local apreenderam mais cocaína que estavam escondidas dentro de um caminhão. Para o Ministério público, autor da denúncia ficou claro que os pacotes guardados com propósito de venda.

O réu, proprietário da transportadora recorreu da sentença ao Tribunal de Justiça de Rondônia, com a tese de que as provas apreendidas em sua residência fossem retiradas dos autos, pois as mesmas são consideradas ilícitas, já que foram obtidas de forma ilegal, em função da ocorrência do crime de violação de domicílio.

No entanto, a apelação não teve sucesso e o mesmo recorreu mediante a interposição de Recurso Extraordinário ao Tribunal de Justiça de Rondônia, porém o recurso não foi recebido. Tal decisão foi agravada e o referido recurso foi provido e recebido pelo então ministro Cezar Peluso, cabendo a corte suprema interpretar a licitude da entrada dos policiais na residência na casa do acusado.

### **ii) VOTO DIVERGENTE**

Após a discussão do caso pelo Supremo Tribunal Federal, apenas o ministro Marcos Aurélio votou divergindo da tese apresentada pelo relator, o ministro Gilmar Mendes.

O ministro Marcos Aurélio argumentou que em função do princípio da legalidade estrita e da competência extraordinária do STF não poderia a corte suprema analisar qualquer fato ocorrido antes do Acórdão proferido.

O ministro explica que "...gostaria que aqui ainda estivesse o Ministro Cezar Peluso, que deu provimento ao agravo para subida do extraordinário do réu, o que é muito raro, em se tratando de agravo de instrumento"

Para o ministro a classificação do crime estaria errada, o que inviabiliza a própria admissibilidade do recurso extraordinário em pauta. Desse modo, não houve flagrante:

**O crime teve exaurimento quando um dos corréus foi surpreendido conduzindo o veículo e portando a droga. Não se trata de crime permanente. A noção de crime permanente é outra.** Agora, receio muito, Presidente, que, a partir de simples suposição-e de bem-intencionados o Brasil está cheio, coloque-se, sem segundo plano, uma garantia constitucional, que é a inviolabilidade do domicílio. O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta".(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015).

Dessa forma se não houve flagrante, houve a invasão do domicílio e pressupõe-se que as provas apreendidas nessas condições são ilícitas e apenas a declaração do motorista do caminhão apreendido não podem servir de base para a condenação do réu. O ministro finaliza o voto dizendo:

Por isso, peço vênias para, no caso, prover o recurso e ressaltar que a garantia constitucional tem eficácia. Não estou aqui a dizer que não cabe à polícia invadir uma casa quando esteja sendo realmente cometido – considerado o flagrante, portanto – um delito. Não é isso. Estou considerando as balizas objetivas do caso concreto e, a partir dessas balizas, tenho que não se sustenta a condenação do recorrente. Provejo o recurso e, no caso, absolvo-o. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015).

### iii) VOTO DO RELATOR

O ministro relator do processo Gilmar Mendes fundamenta o seu voto fazendo um apanhado histórico da garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio nas constituições brasileira para explicar a origem da questão.

O ministro cita que adicionam-se ao texto constitucional o art. 11, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, e o art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que protegem o domicílio contra “ingerências abusivas e arbitrárias”. O relator cita um trecho da biografia de José Mariano, secretário de segurança pública do Rio de Janeiro, na qual descreve a abuso na execução na tomada do complexo do alemão, escreveu:

“Verificamos praticamente uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos. Só depois de executada essa varredura foi que consideramos a área segura”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Voto, 5 novembro 2015).

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

“Recebi denúncias consistentes de que houve a prática do espólio de guerra durante a ocupação do Alemão. Alguns moradores se queixaram de que policiais haviam roubado objetos de suas casas durante a varredura. Essa era uma preocupação do comando desde o início, mas, apesar da cautela, houve irregularidades por parte de pequeno grupo, que acabou alvo de investigação”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Voto, 5 novembro 2015).

Ocorre o que a doutrina chama de seletividade do sistema, “a violação do domicílio acontece quase que exclusivamente na casa de pessoas pertencentes aos estratos social e economicamente desfavorecidos da população, a clientela por excelência do sistema penal” (Rosa 2014, p.116).

Toscano (2014, p. 2) sustenta a existência de três classes de pessoas: o cidadão, o sobrecidadão e o subcidadão, explicando que a condição de pessoas é negada aos últimos, o que faz com que sua dignidade não seja mais que uma mera formalidade, possível de ser ignorada sem qualquer dificuldade.

O relator demonstrar que em outras decisões anteriores decisão, nas quais a invasão do domicílio em causa de flagrante de crime permanente foi permitida o poder judiciário agiu de forma arbitrária:

Entende-se que a exigência de um mandado judicial autorizando a interferência no domicílio é importante para evitar abusos e arbítrios. No entanto, em situações exigentes, “a ausência de mandado judicial prévio pode ser contrabalançada pela disponibilidade de um controle *ex post factum*”. Assim, as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por

magistrado – nesse sentido, Heino contra Finlândia (caso n. 56720/09), decisão de 15.2.2011; Smirnov contra Rússia (caso 71362/01), decisão de 7.6.2007.

O relator afirma que:

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

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

O controle *a posteriori* pode ser adotado, mesmo em medidas invasivas, se houver razões suficientes para tanto. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Voto, 5 novembro 2015).

O voto do relator defende a permissão da invasão do domicílio em casos de flagrante de crimes permanentes, no entanto a inovação trazida pelo Supremo Tribunal Federal nesta decisão com repercussão geral é a imposição de um controle judicial “*ex post factum*”, ou seja, esse controle a priori é requisito para a validação da atuação policial.

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

No que se refere à segurança jurídica para os agentes da segurança pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência não tenha o resultado esperado. Por óbvio, eventualmente, o juiz considerará que a medida não estava justificada em elementos suficientes. Isso, no entanto, não gerará a responsabilização do policial, salvo em caso de abuso inescusável.

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

Em suma, proponho seja fixada a interpretação de que a entrada orçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Voto, 5 novembro 2015).



O relator embasa o seu argumento citando o artigo 240, §1º do Código de processo penal, que deve ser utilizado por analogia como método de validação nos casos de busca e apreensão.

Em seu voto, o relator não discutiu o alcance da especificidade do mandado de busca e apreensão, limitou-se a dizer:

Também é comum que, no cumprimento de mandados de busca e apreensão, revelem-se situações de flagrante delito não previstas no objeto inicial. Numa busca por drogas, por exemplo, podem-se encontrar armas de uso proibido. Em princípio, o ingresso forçado esta autorizado, pelo que não se cogita de vulneração da garantia da inviolabilidade de domicílio. No entanto, novamente, os limites da prática não são aqui debatidos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015).

Vale destacar que o Recursos Extraordinário nº 503616 – RO, contou com a participação das defensorias públicas de São Paulo e do Rio de Janeiro, como *Amicus Curiae*. Tais defensorias ressaltaram a importância da repercussão geral para que o direito constitucional possa alcançar as comunidades mais vulneráveis .

A defensoria pública do estado de Rio de Janeiro se manifestou no seguinte sentido:

Em 03.05.2013, a Defensoria Pública foi procurada por moradores do complexo de favelas da Maré, que reclamaram de invasões de seus domicílios por agentes da Polícia Militar durante a operação de combate ao tráfico de drogas. Na ocasião, o Defensor Público Henrique Guelber, na época Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos, declarou à imprensa: “É lamentável que isso seja uma realidade que cada vez mais acontece. Policiais sem qualquer mandado invadem casas de moradores”. Portanto, essa situação é corriqueira nas comunidades mais pobres do Rio de Janeiro e a população busca a Defensoria Pública para a garantia dos seus direitos constitucionais.[...] Portanto, diante da política de segurança pública de ocupação das favelas no Rio de Janeiro e da atuação da Defensoria Pública durante essas operações na defesa dos direitos dos moradores, não se pode negar que a futura decisão desta Eg. Corte Suprema surtirá relevantes efeitos para o público atendido pela requerente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisa de Jurisprudência , *Manifestação de Amicus Curiae*, 4 novembro 2015).

Por fim verifica-se que não foi posto em questão a possibilidade da entrada da policia no domicílio com a permissão do morador. Sobre essa questão o relator diz:

Outra questão não apreciada é a validade do consentimento do morador. As hipóteses concretas podem revelar desdobramentos complexos, seja quanto à prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência. A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal ‘sob autoridade governamental’(*under government authority*) ou ‘sob as cores do uniforme’

*(under color of office)* – respectivamente, casos Amos v. United States, 255 U.S. 313(1921) e caso Johnson v. United States 333 U.S 10 (1948). Já houve algum debate sobre o assunto no HC 79.512, Rel.Min Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1999. O tema em julgamento, no entanto, não se presta a resolver a questão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015).

O ministro Gilmar Mendes fixa critérios mais rígidos para justificar a invasão do domicílio sem mandado judicial e além disso, determina que caso ocorra a invasão, a mesma deverá ser obrigatoriamente avaliada posteriormente. Ou seja, fica permitido o ingresso forçado no domicílio inclusive no período noturno, desde que:

Em suma, proponho seja fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, é válida, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015).

Dessa forma, o voto é encerrado sendo dada a decisão do acórdão o efeito de repercussão geral para casos semelhantes ao que deu origem ao Recurso Extraordinário nº 503616 – RO.

Por fim, o Recurso Extraordinário nº 503616 – RO foi indeferido, já que o processo recorrido não se adequou à tese desenvolvida no acórdão, conforme demonstrado abaixo:

Assim, a tese do recorrente está em desacordo com a interpretação fixada por esta decisão.  
As demais teses do recorrente fogem aos limites da admissão de repercussão geral ao recurso extraordinário, pelo que não serão debatidas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015).

## CONCLUSÃO

Conforme se procurou demonstrar no decorrer deste trabalho, o direito à inviolabilidade domiciliar é resguardado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, como também em legislações internacionais, sendo considerado um importante direito fundamental que tem como objeto jurídico protegido a vida íntima do cidadão para que o homem possa desenvolver a sua personalidade.

O inciso L, do artigo 5º, visa resguardar a vida privada o o direito do homem ficar em paz em sua casa. É importante destacar que esse direito deve ser interpretado de forma ampla e o vocábulo casa deve ser compreendido como qualquer espaço exclusivo que não seja liberado o acesso ao público, pois o constituinte deseja proteger não o espaço físico, mas sim a intimidade do cidadão.

Por isso, é de suma importância a existência de um mandado judicial para que a autoridade policial possa ingressar em um domicílio e realizar buscas e apreensões, tendo em vista que a relativização dos direitos fundamentais deve ser pautar em limites legais, cabendo ao juiz avaliar o caso concreto para que possa decidir se em determinadas situações é necessária a supressão dessa garantia constitucional.

Esse controle na atuação da autoridade policial se faz necessário, tendo em vista as constantes violações a esse direito fundamental, nas operações realizada em lugares mais vulneráveis, pois a arbitrariedade e o abuso de poder dificilmente são reparados.

Mostrou-se que a outorga constitucional para a entrada em domicílio é a ocorrência do flagrante, tal vocábulo significa aquilo que arde/queima. Desse modo, configurando-se tal situação é permitido que a policia viole o domicílio e as garantias constitucionais sem maiores consequências.

Dessa maneira, é necessário a percepção aguçada da situação de flagrância, principalmente nos casos de crimes permanentes, como é o caso do crime de tráfico de drogas. Por isso a autoridade policial deverá agir dentro de um juízo de razoabilidade para que não cometa abusos.

Essa discussão foi suscitada no Supremo Tribunal Federal, a partir do Recursos Extraordinário 603616 – RO que questionava a legalidade de uma invasão domiciliar, sob a justificativa da ocorrência de um crime permanente. Como foi

analisado no quarto capítulo o ministro relator do processo Gilmar Mendes proferiu seu voto que foi seguido pela maioria dos ministros, apenas o ministro Marcus Aurélio votou de maneira divergente, no entanto, sua tese foi vencida.

O relator confirma a possibilidade da polícia realizar buscas independente de mandado, no entanto, essa autoridade deve ter um conhecimento fundado que leve a uma certeza da prática de tráfico de drogas, esse fundado conhecimento o relator chama de justa causa. Em seu voto o ministro esclarece que deve ser adotado um controle a priori, ou seja, antes da adoção da medida que afeta direitos fundamentais.

A decisão proferida em Acórdão ainda põe em risco o direito a inviolabilidade domiciliar, mas traz mais segurança para o agente do Estado não cometer nenhuma infração. A referida decisão sofreu algumas críticas, visto que deixou de apreciar algumas possibilidades como a da invasão do domicílio com o consentimento do morador, porém tal decisão pode ser considerada uma pequena mudança no entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Essa necessidade de se proceder uma revisão da jurisprudência é vital, pois os direitos fundamentais não podem ser ignorados. Por fim, verifica-se que o direito a inviolabilidade domiciliar ainda não se concretiza por completo, principalmente em relação as comunidades vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/162-inviolabilidade-do-domicilio-e-flagrante-de-crime-permanente-por-claudio-amaral>. Acesso em: 1 out. 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. **Conversão do flagrante ex officio em preventiva e violação ao princípio acusatório**, 2012. Disponível em <<http://www.euvoypassar.com.br/go=artigos&a=lf3iclwXfkQLWF2PmaXmQl2JEU7QnTqa2wfjo4Hq4qY>>. Acesso em: 30 set. 2016.

BARROS, Romeu Pires de Campo. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997, p. 27

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Poder Judiciário do Estado de Rondônia**. Pesquisa de Jurisprudência, ACÓRDÃO, 1º de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550712#2%20-%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO> Acesso em: 7 out. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes**. Pesquisa de Jurisprudência, Voto, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> Acesso em: 1 out. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616-RO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Pesquisa de Jurisprudência, Manifestação de Amicus Curiae, 4 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9728795&ad=s#20%20%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201>. Acesso em: 1 out. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616-RO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Pesquisa de Jurisprudência, Manifestação de Amicus Curiae, 15 setembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9401662&ad=s#11%20%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20%20P>

edido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201.Acesso em: 1 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Cacciatori, Paulo César Figueroa. **A Dimensão Constitucional da Prisão em Flagrante**. 202 folhas. Tese de doutorado – Centro Universitário Unitoledo, Araçatuba, 31 de agosto de 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 358.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8ª .ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 229.

CASTANHO DE CARVALHO, L. G. G. de. **Processo Penal e Constituição: Princípios constitucionais do processo penal**. p.89.

COSTA JR., P.J. da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUPELLO, L. P. de F. **Direito penal e processual penal luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2003.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, L. F. et. al. **Lei de drogas comentada: artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.149.

KLOEPFER, Michael. Verfassungsrecht II. Band I, München: C.H. Beck, 2011, p. 377, com base em precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, designadamente BVerfGE 51, 97 (110) e 89, 1 (12).

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 202-203.

Machado, Iuri Victor Romero (2014). **Inviolabilidade domiciliar: Novas perspectivas a partir do direito comparado**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 6, n. 10, p. 135 – 166, jan/jun.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. V. 2. São Paulo: Atlas S.A, 1998.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: RT, 2002, p. 524.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 442-444.

Packard (1967) apud Paulo José da Costa Jr. **O direito de estar só: a tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

PIERANGELI, José Henrique. . **Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru/SP: Jalovi, 1983.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ROSA, A. M. da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁ, Rodrigo Morais. **Princípios Orientadores da Prisão Provisória e a Prisão em Flagrante Delito**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXII, nº 000009, 09 maio. 2013. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br/principios-orientadores-da-prisao-provisoria-e-prisao-em-flagrante-delito>. Acesso em: 30 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER, Jayme. **A inviolabilidade do Domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito**, in: Revista Direitos Fundamentais e Democracia vol. 14, p. 544-562, 2013

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, G. S. A. ; Alexandre Cebrian Araújo Reis ; André Estefam Araújo Lima ; Alexandre Rocha Almeida de Moraes ; Cléber Rogério Masson ; Gianpaolo Poggio Smanio ; Jorge Assaf Maluly . **A prisão preventiva no regramento da Lei 12.403/2011**. In: Valter Foletto Santin; Wallace Paiva Martins Júnior. (Org.). Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011. 1ed.São Paulo: Edições APMP, 2011, v. 1, p. 41-45.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013.

TORNAGHI, Hélio B. **Curso de processo penal**. 9. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOSCANO JR., R. **A inviolabilidade do lar e a dimensão (in)constitucional do flagrante oriundo exclusivamente de denúncia anônima**. Disponível em: .  
Sobre o fio da navalha: a justiça criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.rosivaldotoscano.com/2014/02/sobre-o-fio-da-navalha-justica-criminal.html>>. Acesso em: 26 set. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 461.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.



## **ANEXOS**

ANEXO I - Recurso Extraordinário 603.616 - RONDÔNIA

05/11/2015

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. GILMAR MENDES</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: PAULO ROBERTO DE LIMA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: JEOVA RODRIGUES JUNIOR</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de

## RE 603616 / RO

proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e apreciando o Tema 280 da sistemática da repercussão geral, negar provimento ao extraordinário e fixar a tese, nos termos do voto do Relator. Vencido o ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese.

Brasília, 5 de novembro de de 2015.

**RE 603616 / RO**

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

04/11/2015

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**RECTE.(S)** : PAULO ROBERTO DE LIMA  
**ADV.(A/S)** : JEOVÁ RODRIGUES JÚNIOR  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA  
**AM. CURIAE.** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**AM. CURIAE.** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de recurso extraordinário que, firmado na alínea “a” do permissivo constitucional, impugna acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que manteve a condenação criminal do recorrente pelo crime de tráfico de drogas.

Nas razões do extraordinário, sustenta que são ilícitas as provas obtidas mediante a invasão do respectivo domicílio por autoridades policiais, pois ausente o necessário mandado de busca e apreensão. Dessa forma, entende ter sido violado o art. 5º da CF, considerados os incisos LVI (*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*) e XI (*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*).

Assevera, ainda, afronta ao art. 5º, LV (*aos litigantes, em processo*

## RE 603616 / RO

*judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*), tendo em vista a alegação de que a sentença condenatória baseou-se apenas nas provas obtidas na fase de inquérito policial.

O recurso extraordinário não foi admitido na origem (fl. 269).

Interposto agravo de instrumento, o Ministério Público ofereceu contrarrazões (fls. 275-277). Manifestou-se pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso.

Autuado o Agravo de Instrumento sob nº 757.159, o ministro Cezar Peluso deu-lhe provimento, determinando a conversão em recurso extraordinário (fl. 287).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento parcial deste extraordinário e, nesta, pelo não provimento. Eis a ementa do parecer:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RE. CONHECIMENTO PARCIAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279/STF. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA QUE JUSTIFICA A BUSCA SEM MANDADO JUDICIAL. INCISO XI DO ART. 5º DA CF”. (Fl. 290).

Foi admitida a repercussão geral em relação à alegação de violação ao art. 5º, LVI e XI, da Constituição Federal – apreensão e busca em domicílio, no período noturno, sem mandado judicial.

As defensorias públicas do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) e de São Paulo (DPE-SP) foram admitidas na qualidade de *amicus curiae*.

É o relatório.



## PLENÁRIO

### EXTRATO DE ATA

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616**

PROCED. : RONDÔNIA

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

RECTE.(S) : PAULO ROBERTO DE LIMA

ADV.(A/S) : JEOVÁ RODRIGUES JÚNIOR

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** Após o relatório e a sustentação oral, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Dr. Denis Sampaio, Defensor Público do Estado, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

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

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

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

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

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

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

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



## RE 603616 / RO

*no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.*

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

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

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

### Constituição italiana, art. 14:

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

*Art. 14. Il domicilio è inviolabile.*

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

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

### Constituição chinesa, art. 39:

**RE 603616 / RO**

“Artigo 39.º O domicílio dos cidadãos da República Popular da China é inviolável. É proibida a busca ilegal ou a intromissão no domicílio dos cidadãos”.

Constituição argentina, art. 18:

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

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

“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade  
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

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

“Direito ao respeito pela vida privada e familiar  
1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.  
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

## RE 603616 / RO

Uma segunda categoria cria reserva judicial para a busca e apreensão, sem exceções. É o caso do Uruguai.

Constituição uruguaia, art. 11:

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

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

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

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

**Portugal:** flagrante delito;

**Espanha:** flagrante delito;

**Japão:** flagrante delito;

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

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

Lei Fundamental Alemã, §13:

§13

“(1) O domicílio é inviolável.

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

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

## RE 603616 / RO

Constituição portuguesa, art. 34:

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

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

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”.

Constituição espanhola, art. 18:

“Artigo 18.

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

Constituição japonesa, arts. 33 e 35:

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

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

**RE 603616 / RO**

Constituição do Paraguai, art. 34:

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

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

Constituição da República de Angola, art. 33:

“Artigo 33.º (Inviolabilidade do domicílio)

1. O domicílio é inviolável.

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

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

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

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

As Constituições de 1824, 1891 e 1934 estabeleciam que a casa é “asilo inviolável”, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e

## RE 603616 / RO

na forma da lei (art. 179, VII; art. 72, §11 e art. 113, 16, respectivamente).

### Constituição de 1824:

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

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

### Constituição de 1891:

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

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

### Constituição de 1934:

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

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

## RE 603616 / RO

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

### Constituição de 1937:

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

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei

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

### Constituição de 1946:

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

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

### Constituição de 1967:

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

§ 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém

## RE 603616 / RO

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

Emenda Constitucional 1/ 1969:

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

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

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

“Art. 5º.

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

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

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

Ao texto constitucional adicionam-se o art. 11, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, e o art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos



## RE 603616 / RO

Civis e Políticos, que protegem o domicílio contra “ingerências abusivas e arbitrárias”.

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

Ilustrativo, sob esses aspectos, o relato do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, em sua biografia – BELTRAME, José Mariano. *Todo Dia é Segunda-Feira*. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Sextante, 2014. Formato: ePub. Acesso em 4.11.2015.

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

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

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

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

## RE 603616 / RO

A despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente. A avaliação feita por um juiz “neutro e desinteressado” sobrepõe a avaliação de um “policial envolvido no empreendimento, muitas vezes competitivo, de revelar o crime”, resguardando contra medidas arbitrárias – Justice Robert H. Jackson, redator da *opinion* da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948).

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

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

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

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

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

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

## RE 603616 / RO

Essa interpretação, a despeito de tradicional em nosso direito, é insatisfatória.

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

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

Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “*fundadas razões*” – art. 240, §1º.

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

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

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

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

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

E é nessa situação que nos encontramos atualmente.

## RE 603616 / RO

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

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

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

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

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

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

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

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

Esse princípio é adotado pelo direito norte-americano, na medida

## RE 603616 / RO

em que não dispensa o mandado em situações de crime em curso, salvo se a busca imediata decorrer de circunstâncias exigentes – “*exigent circumstances*” –, assim consideradas “as circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustrasse indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei” – “*Those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry (or other relevant prompt action) was necessary to prevent physical harm to the officers or other persons, the destruction of relevant evidence, the escape of a suspect, or some other consequence improperly frustrating legitimate law enforcement efforts*” [United States v. McConney, 728 F. 2d 1195, 1199 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 824 (1984)].

Assim, precisamos rever os termos em que a busca e apreensão domiciliar deve ocorrer.

Novo recurso ao direito comparado nos permite encontrar uma orientação mais segura.

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

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

Entende-se que a exigência de um mandado judicial autorizando a interferência no domicílio é importante para evitar abusos e arbítrios. No entanto, em situações exigentes, “a ausência de mandado judicial prévio pode ser contrabalançada pela disponibilidade de um controle *ex post*

## RE 603616 / RO

*factum*". Assim, as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por magistrado – nesse sentido, Heino contra Finlândia (caso n. 56720/09), decisão de 15.2.2011; Smirnov contra Rússia (caso 71362/01), decisão de 7.6.2007.

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

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

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

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

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

No entanto, é a própria Constituição que elenca exceções – entre elas o flagrante delito – nas quais dispensa o mandado judicial para ingresso

## RE 603616 / RO

forçado em casa. Em crimes permanentes, o agente está permanentemente em situação de flagrante delito. Assim, seria de difícil compatibilização com a Constituição exigir controle judicial prévio para essas hipóteses.

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

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

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

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

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

## RE 603616 / RO

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

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

O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir.

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

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

“(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou



## RE 603616 / RO

como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.);

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

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

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

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

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

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

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

## RE 603616 / RO

concretos.

Há também casos que apresentarão complexidades que ultrapassarão os limites do tema aqui apreciado.

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

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

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

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

Enfim, há uma infinidade de complicadores que merecem avaliação

## RE 603616 / RO

em separado. Será a casuística que impulsionará o desenvolvimento de jurisprudência para enfrentar os diferentes temas.

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

No que se refere à segurança jurídica para os agentes da segurança pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência não tenha o resultado esperado. Por óbvio, eventualmente, o juiz considerará que a medida não estava justificada em elementos suficientes. Isso, no entanto, não gerará a responsabilização do policial, salvo em caso de abuso inescusável.

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

Em suma, proponho seja fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

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

A busca foi realizada sem mandado judicial.

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

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

## RE 603616 / RO

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

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

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

O ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado Reinaldo, elementos suficientes para indicar fundadas razões de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas.

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

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

Ante o exposto:

a) resolvo a questão com repercussão geral, estabelecendo a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados;

b) nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

## OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao julgar a questão **pertinente** à *hierarquia jurídica* das convenções internacionais *em matéria de direitos humanos* (**HC 87.585/TO**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 96.772/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 349.703/RS**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **RE 466.343/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO), **sustentei-lhes a natureza constitucional, apoiando-me, para tanto, na própria ideia de bloco de constitucionalidade.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Exatamente. Mas aqui o que se permite é essa interpretação da norma constitucional com esses elementos que passam a ser, vamos dizer assim, integrantes ou aderentes. Então, passa-se a interpretar o devido processo legal com essas normas que integram os tratados.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro-Relator, cumprimento Vossa Excelência pelo voto. Eu verifico que, em princípio, está de acordo com o disposto no artigo 5º da nossa Constituição, exatamente o inciso XI, que diz:

*"XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".*

Portanto, é o caso de flagrante delito.

Eu queria fazer apenas uma observação, eminente Relator. Quando nós elaboramos a Súmula Vinculante 11, que tem a seguinte dicção, nós tomamos o cuidado de que as situações excepcionais que justificassem o uso das algemas fossem veiculadas por escrito, "sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Aqui, numa primeira observação, e peço licença de ter antecipado a palavra antes da ordem regimental, exatamente porque vejo - e Vossa Excelência corretamente coloca - ser possível o ingresso na residência, mesmo durante o período noturno, desde que amparado em fundadas razões.

A minha preocupação é que, se não colocarmos alguma limitação ou alguma responsabilização, sabemos como as coisas acontecem na vida real. A Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificção qualquer, *a posteriori*, de forma oral, na delegacia de polícia. Eu penso que seja necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que

**RE 603616 / RO**

essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, queria exatamente me amparar nisso que Vossa Excelência acaba de sustentar, porque realmente, digamos assim, a vida prática, algumas notícias veiculadas dão conta da prática de arbitrariedade. Então, essas fundadas razões representam um conceito muito indeterminado e que podem servir para tudo.

Mas o Ministro Gilmar Mendes, no voto, refere-se, na página 11, num controle, **a posteriori**, para a busca. Então, o que me veio à mente, tendo em vista que nós decidimos pela obrigatoriedade da realização da audiência de custódia - se o Ministro Gilmar Mendes tiver de acordo -, era exatamente adotar a fórmula preconizada por Sua Excelência, de que a entrada forçada de domicílio sem mandato judicial é válida mesmo no período noturno, desde que amparado em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, aferida em audiência imediata de custódia.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Agora, para que haja essa sindicabilidade por parte da autoridade judicial, mesmo na audiência de custódia, é preciso que se faça um auto qualquer de ingresso na casa.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Agora, Presidente, a partir de uma suposição? A partir de uma denúncia anônima, isso quanto ao tráfico de drogas? Porque houve o flagrante quanto a um dos corréus: o condutor do caminhão. Como este último teria dito que estava a proceder daquela forma, conduzindo tóxico, por pedido ou pagamento de certa pessoa, o que fizeram os policiais? Simplesmente foram à casa dessa pessoa. Poderiam não ter encontrado coisa alguma, mas encontraram. Imaginamos, nisso, o flagrante? Ou imaginamos, simplesmente, uma indicação pelo corréu de que o proprietário da casa

**RE 603616 / RO**

poderia estar envolvido no delito de tráfico de entorpecentes?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Aqui é uma questão jurisprudencial delicada.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – O crime teve exaurimento quando um dos corréus foi surpreendido conduzindo o veículo e portando a droga. Não se trata de crime permanente. A noção de crime permanente é outra.

Agora, receio muito, Presidente, que, a partir de simples suposição – e de bem-intencionados o Brasil está cheio –, coloque-se, em segundo plano, uma garantia constitucional, que é a inviolabilidade do domicílio. O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta.

Eu, por exemplo, vou pedir vênia e divergir de Sua Excelência, porque, quanto a esse corréu, a condenação partiu apenas do fato de terem encontrado na casa – na garagem da casa, para ser mais preciso –, dentro de um Ford Focus – é a marca, o modelo, não é? –, droga. Flagrante? É isso que se considera flagrante? Para mim, não. O que houve foi indicação e indicação, repito, de que o transporte estaria ocorrendo – e o caminhão foi apreendido, numa rodovia federal, com a droga – por ordem do proprietário da casa. Em vez de a autoridade policial pedir o mandado de busca e apreensão, simplesmente resolveu, ela própria, ingressar na residência.

Gostaria que aqui ainda estivesse o Ministro Cezar Peluso, que deu provimento ao agravo para subida do extraordinário do réu, o que é muito raro, em se tratando de agravo de instrumento.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, há



## **RE 603616 / RO**

algumas observações.

A primeira observação é uma questão jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal entende que, enquanto a parte guarda a droga para efeito de tráfico, isso é considerado, em primeiro lugar, um crime permanente. Essa é a primeira questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, imagina se o condutor do veículo tivesse indicado meia dúzia de casas? O crime seria permanente, já exaurido na apreensão?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A segunda é uma questão de ponderação de valores. A doutrina nacional estrangeira entende que a casa, esse asilo inviolável, não é um asilo de criminosos, nem um espaço de criminalidade. Então, essa ponderação tem que ser feita, quer dizer, a Polícia tem conhecimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Cessa tudo, porque presumimos a culpa!

05/11/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Presidente, eu gostaria de acompanhar, adotar o complemento feito, sugerido pelo ministro Fux.

A mim parece-me que a ideia da verificação em audiência de custódia seria adequada, porque...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Vai virar um flagrante, e o flagrante, vai ter que apresentar.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** – Isso. Eu tinha levado em conta – até porque me lembrava bem de nosso debate sobre a Súmula nº 11 –, mas nós estamos aqui diante de uma realidade extremamente complexa e dinâmica. A exigência de fundamentação escrita talvez seja excessiva diante da complexidade dessas operações.

Eu fiquei muito impressionado com o relato que li no livro do secretário Beltrame...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – A quem rendo homenagens, não me canso de render homenagens.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - (...) a propósito dessa dura realidade que, claro, submete essas pessoas que

## RE 603616 / RO

vivem nessas condições, mas também submete as forças policiais a grande desafios. E o que estamos tentando é encontrar uma justa equação e equacionamento para esse tema.

Por outro lado, pelo menos, meu propósito aqui – quero deixar claro – é evitar que haja a prática de abuso, quer dizer, a simples invasão de casas, dar ensejo, desde que se encontre algo, o resultado vai legitimar a prática. Por isso, acho que tem de haver esse controle *a posteriori*, que poderá levar, inclusive, à nulidade da operação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, concordo com Vossa Excelência. Não se invade casa sem haver um móvel – não é móvel da casa, é móvel para a invasão –, não se invade.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** É fundamental **que exista causa provável, cuja ocorrência** legitimará o ingresso de terceiros em residência alheia, **ainda** que “*invito domino*”, **desde** que, *por óbvio, registre-se qualquer das situações excepcionais a que alude o inciso XI* do art. 5º da Constituição.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Ministro Fux, a partir da decisão do Ministro Marco Aurélio tomada em sede de cautelar numa ADPF ou numa ação direta de inconstitucionalidade, não me lembro bem, a audiência de custódia hoje é uma realidade, pois Sua Excelência determinou que, em noventa dias, a audiência de custódia deveria ser instalada em todo o País. Então, ela ocorrerá normalmente, e a primeira questão que o juiz coloca é quanto à higidez do flagrante: está hígido ou não, e depois vai adentrar na questão da liberdade provisória ou não. Então, essa é uma realidade que já existe.

O que me parece é que deveríamos aproveitar, se adotarmos a tese do Ministro Gilmar Mendes - e até acho que temos que evoluir um pouco porque a criminalidade, hoje, está mais sofisticada, mais dinâmica...

**RE 603616 / RO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E vai ser uma carta em branco para a polícia invadir domicílios; vai ser uma carta em branco.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, aliás, sobre esse aspecto, Senhor Presidente, eu sugeriria que houvesse um minimalismo para aplicar-se isso, por ora, ao tráfico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, mas, mesmo ao tráfico, eu penso..., porque o tráfico hoje é feito em geral, em comunidades mais humildes, mais pobres, onde coabitam várias pessoas numa mesma casa, residência, com crianças, com mulheres grávidas, etc. Eu acho que esse ingresso violento sem uma justificativa mais elaborada, tal como ocorre aqui na Súmula Vinculante 11, em que é preciso justificar por escrito. É claro que não se pede uma tese do policial, mas ele tem que fazer um boletim dizendo: aqui houve flagrante de delito, perigo de fuga, etc., sob pena de responsabilidade disciplinar, penal e civil do agente ou da autoridade de nulidade do ato. Acho que aqui nós obramos muito bem na Súmula 11. O que não podemos é deixar isso ao alvedrio do policial militar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Veja Vossa Excelência o seguinte: no momento da audiência de custódia, se o juiz verificar que houve um abuso, extrai peças para promover a persecução penal do abuso de autoridade. Daí esse controle, essa revisão judicial imediata através da audiência de custódia. O que ocorre? Na prática - talvez eu esteja transmitindo aqui uma experiência do Ministério Público -, se o flagrante não for realizado de imediato, perpetua-se uma lesão muito mais grave. Ninguém duvida de que a invasão do Morro do Alemão não foi avisada a ninguém, evidentemente. Se tivesse sido avisada, não teria ocorrido aquela operação exitosa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, se Vossa Excelência me permite mais uma

## RE 603616 / RO

observação, eu acompanhei quase trinta audiências de custódia em todo o Brasil. E os juízes fazem questão de dizer que não se vai discutir a materialidade ou a autoria, de forma mais aprofundada, na audiência de custódia. O que se vê é apenas se o flagrante está ou não hígido, do ponto de vista formal, e depois parte-se para aquela segunda parte, que é justamente a verificação se o réu deve responder preso o processo criminal ou se pode ser libertado mediante condições.

Eu não vejo como o juiz possa, na audiência de custódia, que é algo que dura cerca de dez minutos, aferir justamente se houve ou não flagrante delito na ocasião, porque ele não poderá examinar, eventualmente, o objeto ilícito apreendido. Acho que temos de ter alguma salvaguarda para permitir essa medida extrema que o Ministro Gilmar Mendes está propondo. Eu até adiro tendo em conta, como disse hoje, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado, do tráfico de drogas, acho que é necessário uma medida mais enérgica, mas penso que a sociedade precisa também ter uma segurança, uma salvaguarda, sobretudo, os mais pobres, os mais humildes, de não terem a sua residência invadida com truculência por um agente policial.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

## DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu não estava aqui na época. Como foi elaborada essa medida que garantiu a prática do uso de algemas? Isso foi justificado antes? Exigiu-se uma justificação prévia? É isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Diz assim:

*"Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".*

Isso pelo simples uso de algema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fui Relator desse *habeas corpus*, se não me falha a memória. O caso mostrou-se muito emblemático. Um pintor, não artista plástico, mas pintor de parede, foi julgado por crime doloso contra a vida, portanto, pelo Tribunal do Júri, e permaneceu o tempo todo algemado. A defesa pediu que as algemas fossem tiradas para ele não ser percebido pelos leigos como um fera e já ser, a princípio, condenado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente.

**RE 603616 / RO**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A **Súmula Vinculante** nº 11/STF, **que reflete** construção jurisprudencial **firmada** por esta Corte no tema **concernente** *ao uso de algemas*, encontra ressonância na Lei nº 11.689/2008 que, **ao tratar** do julgamento no plenário do júri, **vedou** o uso de algemas no acusado **durante** o período em que este ali permanecer, **salvo** se essa medida de restrição pessoal se fizer absolutamente necessária à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas **ou** à garantia da integridade física dos presentes (**CPP**, art. 474, § 3º).

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu tenho a impressão, Senhor Presidente, de que essa redação que foi dada - às algemas - é perfeitamente adaptável aqui à tese do Ministro Gilmar, porque só é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito. Aí acrescentada aqui: justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena..... É perfeitamente adaptável.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu acho que precisamos de uma salvaguarda até para os cidadãos, em geral.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É perfeitamente adaptável.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Às vezes, são ações imediatas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senão não adianta nada.

**RE 603616 / RO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Nós estamos aqui a fazer um exercício, tendo em vista essas várias situações, tudo nos crimes permanentes, como esse caso de depósito de drogas, ou porte de drogas, ou extorsão mediante sequestro, cárcere privado. Então, todas essas situações exigem uma ação imediata da Polícia.

Aqui nós estamos falando exatamente da possibilidade de um necessário controle *a posteriori* que vai permitir, então, fazer essa aferição para evitar exatamente os abusos que se perpetram sistematicamente. Não tenho dificuldade de...

A proposta de Vossa Excelência, ministro Fux, então, é...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Então, a minha proposta seria exatamente a conjugação da súmula das algemas com a sua: só é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, justificada excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Aí, cerca da mesma maneira.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Aí, eu penso, porque o domicílio é um valor tão importante, como disse o Ministro Marco Aurélio, protegido...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Justificada *a posteriori*?

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Essa justificação pode dar-se **antes** ou, *dependendo das circunstâncias*, **depois** do ingresso em domicílio alheio.



**RE 603616 / RO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A posteriori, é.**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, pode ser.**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Podendo ser justificada *a posteriori*?**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, exatamente.**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Porque do contrário...**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu não me oporia a isso. O importante é que fique documentado.**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, era preocupação até do próprio Ministro Gilmar que tivesse uma redação bem adstrita.**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - A preocupação aqui é não criar um modelo procedimental burocrático que dificulte a ação, mas que também não estimule práticas abusivas. Acredito que chegamos a um bom termo.**

**RE 603616 / RO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Justificada a **posteriori** a excepcionalidade.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - E, aí, isso é sindicável perfeitamente por qualquer magistrado, até na audiência de custódia.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Claro, podendo ensejar até anulação.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, e evidentemente que o agente policial vai ter muito cuidado, porque saberá que terá que justificar, sob todas essas penas.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Isso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Agora, Ministro, tudo muito bonito, não é? Mas qual é o caso concreto? Flagrante? Não.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - É flagrante.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – A mais não poder, não ocorreu o flagrante. O que houve foi uma indicação do corréu, surpreendido, transportando a droga, de que essa droga estaria sendo transportada a mando do recorrente.

**RE 603616 / RO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** – Não. E havia oito quilos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E, então, em vez de se, como disse, bater na porta do Judiciário para pedir, como está no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, um mandado de busca e apreensão, os policiais resolveram invadir a casa e fazer essa busca e apreensão. Aí, sim, encontraram, em um carro que estava na garagem, uma porção de droga. Houve flagrante, Presidente? Não. Houve indicação e a capacidade intuitiva, a partir dessa indicação, de que o proprietário da casa teria drogas.

Não posso dar esse passo, esvaziando, Presidente, o que se contém no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. Daqui a pouco, não vai haver mais a garantia constitucional da inviolabilidade, que é a regra, e a exceção tem que ser interpretada de forma estrita, da inviolabilidade da casa. Não se avança culturalmente assim. Creio que o Brasil precisa combater esse mal maior que é o tráfico de entorpecentes, mas, em Direito, o meio justifica o fim e não o inverso.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

## ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O art. 33 da Lei de Drogas encerra tipo penal de conteúdo variável ou de conduta múltipla, uma das quais **consiste em manter em depósito** substâncias entorpecentes, **sem** autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Esse particular comportamento do agente traduz hipótese de crime permanente, como reconhece a doutrina e proclama a jurisprudência dos Tribunais.

Isso significa que, por tratar-se de delito permanente, o seu momento consumativo protraí-se no tempo, o que permite considerar o agente em flagrante delito “enquanto não cessar a permanência” (CPP, art. 303).

Na hipótese ora referida, cuida-se de flagrante em sentido próprio (CPP, art. 302, I), possibilitando o ingresso forçado de terceiros em residência alheia, pois tal situação ajusta-se a uma das exceções constitucionais **derrogatórias** da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, inciso XI).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Flagrante impróprio também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A hipótese é de flagrante real ou em sentido próprio, pois, nos delitos permanentes, a legislação **considera** estar o agente, **enquanto se prolongar** o momento consumativo do crime, “cometendo a infração penal”, situação que se ajusta ao conceito de flagrância própria (CPP, art. 302, I).

E, como se sabe, tal como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, “Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua

**RE 603616 / RO**

*residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita”, a tornar desnecessária, em consequência, a expedição de prévio mandado judicial de busca e apreensão domiciliar (HC 84.772/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE), pois – insista-se – “É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (RHC 121.419/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei).*

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Não me consta que tenha havido reforma legal, mas diz o art. 303 do Código de Processo Penal:

"Art. 303 - Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência."

E é a jurisprudência da Casa.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Como Vossa Excelência pode constatar, **a partir** do precedente que venho de referir, **é essa** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No caso em exame, o agente **foi surpreendido** mantendo, *em seu poder*, uma larga quantidade de droga. **Salvo** engano, *aproximadamente quase* 10kg.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - São vinte e três.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** *Vê-se, portanto*, que o agente em questão foi surpreendido na prática de crime permanente, o que tornou legítimo o ingresso forçado, em seu domicílio, da Polícia, eis que, naquele momento, o delinquente estava cometendo uma infração penal.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Eu apenas iria asseverar que, pelo que eu tenho compreendido, primeiro nós debatemos o provimento no Recurso Extraordinário e, em seguida, debatemos a tese.

**RE 603616 / RO**

E eu acho que é nessa direção que estamos indo.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu estou propenso a acompanhar o belo voto do Ministro Gilmar Mendes, mas realmente eu tenho muita preocupação com a tese enunciada.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Agora, Presidente, isso é uma marca de Vossa Excelência: a de se preocupar sempre que a justiça seja caridosa, e a caridade seja justa. Então, a casa das pessoas pobres...

Mas, na verdade, é o seguinte: não há muito tempo, passou um filme, "Meu nome não é Johnny", que mostra que não é só a casa de pessoas miseráveis que serve de "almoxarifado" de drogas, não.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Mas, de qualquer maneira, o que não é possível é que haja uma invasão de domicílio e depois não se encontre nada, e a Polícia simplesmente peça desculpas depois de arrombar a porta do barraco ou da casa de luxo de alguém, ou o ingresso num condomínio fechado, que seja. Então, é preciso que nós cerquemos de todos os cuidados essa discricionariedade policial.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Pelo menos, nós chegamos aqui, a quatro mãos, a uma solução.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Pois não, Ministro Fux.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, nós chegamos a quatro mãos, que foi retransmitido ao Ministro Gilmar.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Ah, já foi retransmitido ao Ministro Gilmar? Está bom.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Presidente, eu recebi aqui a sugestão da lavra do ministro Fux e do ministro Teori e o ministro Teori tem-se revelado um grande "tesista" aqui, na ausência do ministro Barroso – que diz o seguinte:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em

**RE 603616 / RO**

fundadas razões, devidamente justificadas **a posteriori** - que é uma dessas preocupações -, que indique que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Acho que, com isso, nós estamos incorporando...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu estou de acordo com essa tese.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** ... **reconhecendo-se, ainda, na formulação da tese, a ilicitude da prova penal que resulte de situação *de inexistente flagrância*, apta, por si só, a configurar comportamento revelador do crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, art. 3º, "b").**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Com isso, incorporamos aquilo que estava na Súmula nº 11.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** – Perfeito.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - O ministro Fachin, acho, queria votar sobre o mérito.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, ao contrário, já percebo que, em boa medida, ao recurso extraordinário, já se está negando provimento.

E, então, nessa linha, Senhor Presidente, eu também estou me manifestando, até porque, desse riquíssimo debate, percebe-se que qualquer solução plebiscitária entre a arbitrariedade policial e o asilo inviolável da casa é um redutor da complexidade. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio que seja, ao mesmo tempo, uma garantia da casa e, portanto, também uma possibilidade da realização de atividades policiais que sejam legítimas.

É nessa ordem de compreender essa complexidade que eu estou, Senhor Presidente, antes de tudo, enaltecendo o brilhante voto de Sua Excelência, o eminente Relator, e louvando a iniciativa da Corte em pautar e enfrentar um tema deste relevo, que consiste na necessária imposição de limites ao ingresso de agentes estatais na casa do cidadão.

Eu irei juntar, ao feito, um voto. E estou aqui, nessa declaração de voto, asseverando que eu tenho a honra de acompanhar o eminente Relator em suas razões quanto ao resultado do julgamento, também em relação à tese com as achegas que aqui foram introduzidas.

Acredito relevante a sinalização de limites à atividade policial, mas também a ressalva de atividades que sejam legítimas, inclusive, aquelas que exijam sigilo. O eminente Relator deu dois exemplos que acredito serem relevantes: dentre eles, as situações das chamadas ações controladas, do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2013, nas quais o sigilo é um elemento fundante da potencial eficiência ou eficácia da atividade policial, que também visa, em última **ratio**, à segurança e à garantia dos direitos da própria cidadania da sociedade, de um modo geral.

O outro elemento exemplificador é a questão atinente ao chamado "disque-denúncia". Como se sabe, a vedação constitucional do inciso IV



## RE 603616 / RO

do art. 5º do anonimato não permite, evidentemente, que se dê, a essa denúncia anônima, fonte primária, mas, ao mesmo tempo, seja ela motivo de verificação e de aferição de eventual verossimilhança.

Por essas razões, Senhor Presidente, nesse voto que vou juntar - e por esses exemplos -, eu estou acompanhando Sua Excelência o eminente Relator e o faço integralmente pelo substancioso voto proferido. Ressalto a importância desta Corte ter pautado este tema, especialmente nesta quadra que vive a sociedade brasileira, sinalizando, à luz da tese que aqui será aprovada, de modo inequívoco, que não compactua com arbitrariedade, mas, ao mesmo tempo, exige o espaço para a atividade policial legítima e que os policiais também prestem contas a **posteriori** das chamadas, e corretamente chamadas, fundadas razões para o flagrante, que, na hipótese do caso concreto, o ter em depósito, na condição de crime permanente, funda o flagrante que justifica a afirmação da tese.

Portanto, tenho a honra de acompanhar Sua Excelência, o Relator.

05/11/2015

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

### VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, ao tempo em que ressalto o brilhante voto de Sua Excelência, o eminente Relator, louvo à iniciativa desta Corte em enfrentar tema da mais alta relevância consistente na necessária definição de limites ao ingresso de agentes estatais na casa do cidadão, - "asilo inviolável" proclamado pelo art. 5º, XI, da Constituição -, a pretexto de averiguar situação excepcional de "flagrante delito", que dispensa mandado jurisdicional.

Tenho a honra de acompanhar o eminente Relator em suas razões, quanto ao resultado do julgamento pela improcedência do presente recurso extraordinário, bem como quanto à interpretação que propõe seja fixada como tese em sede de repercussão geral.

Da análise que fiz do caso, também preocupou-me sinalizar a necessidade de se impor limites à atividade policial, mas também ressalvar como válidas informações de flagrância obtidas por agentes policiais em situações onde deles se deva exigir o sigilo ou mesmo em situações onde seja razoável que o agente policial mantenha o sigilo quanto à origem do crime noticiado.

O exemplo citado pelo eminente Relator, na linha do que decidiu a colenda Segunda Turma no RHC 117988, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Dje 26.02.2015, de atividade persecutória estatal válida tendo como ponto de partida informações decorrentes dos assim denominados "disque denúncias" é significativo. É hipótese de obtenção de informações oriundas de pessoas que preferem ficar no anonimato, como ocorre a muitos cidadãos, temerosos quanto a eventuais represálias, que não se animam a prestar depoimentos formais sobre práticas criminosas, mas encontram em canais de comunicação entre a sociedade e a Polícia, como os "disque denúncias", conforto para o exercício da cidadania, em ato de colaboração com o Poder Público para coibir práticas delituosas.

## RE 603616 / RO

Por certo que, a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, da CF) de acordo com a jurisprudência desta Corte, não se permite que as denominadas “denúncias anônimas” se prestem a, **como fonte primária de prova**, fundar restrição a direitos fundamentais. Entretanto, permite que, a partir delas, se faça uma averiguação para aferir verosimilhança e, a partir daí, se iniciem procedimentos restritivos.

Na linha da jurisprudência desta Suprema Corte, também entendo que uma informação obtida por fonte anônima, **desde que averiguada pelos agentes policiais** – frise-se -, pode validamente fundar o ingresso em residência alheia onde se constata o flagrante delito.

Ainda, tenho em mente hipóteses de “ações controladas”, meios sigilosos de obtenção de prova previstos no art. 3º da Lei nº 12.850/2013, mediante os quais, por autorização judicial, a ação policial pode ser retardada quanto a alguns integrantes de organizações criminosas, para que se concretize em momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Em tais situações, não raro, o agente policial de posse de informação ainda sob sigilo (art. 8º, § 3º, da Lei 12.850/2013) prende em flagrante determinados integrantes de uma dada organização criminosa e mantém sob sigilo a origem da informação sobre o estado de flagrância, até que “*o momento mais eficaz à formação de provas*” quanto aos demais integrantes se faça presente. Só então é que a origem das informações se tornam públicas e o agente policial está dispensado do sigilo.

Esses dois exemplos, já mencionados do voto do eminente Relator, indicam a diversidade e riqueza dos casos concretos que podem apresentar inúmeras especificidades, as quais melhor podem se analisadas singularmente e submetidas às instâncias recursais.

Ressalto, nada obstante, uma vez mais, a importância de esta Suprema Corte sinalizar, como estará a fazer caso este egrégio Plenário aprove a tese proposta pelo eminente Relator, de modo inequívoco, que não compactua com a arbitrariedade e exige que os agentes policiais prestem contas e por escrito, ainda que *a posteriori*, das razões pelas quais entenderam presentes as fundadas razões para crer que, dentro da casa,

**RE 603616 / RO**

há situação de flagrante.

Em quais hipóteses essas razões são ou não fundadas, creio ser mais adequada a formação de uma jurisprudência de base que possa, no futuro, vir a ser, caso a caso, sindicada perante esta Corte.

Acompanho, portanto, integralmente o voto do eminente Relator.

É como voto.

05/11/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Presidente, também vou acompanhar o eminente Relator. Conforme Sua Excelência fez ver no seu aprofundado voto, embora muitas questões periféricas ao instituto ainda comportem apreciação em outras oportunidades a verdade é que o cerne da tese aqui proposta é compatível, não só com a Constituição, como também com os tratados e convenções internacionais a que estamos submetidos.

De modo que eu acompanho Sua Excelência.

05/11/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**

VOTO

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, eu também desprovejo o recurso, acompanhando o eminente Relator.

Da mesma forma, endosso a tese proposta - e que, a meu juízo, tem um caráter mais abrangente do que aqui se fazia necessário -, por todas as razões que já explicitadas. Ela não se cinge à higidez da prova obtida mediante busca e apreensão em residência sem autorização judicial, mas se manifesta sobre a forma como há de proceder a Polícia para que se reconheça validade à sua diligência.

Estou acompanhando e louvando o eminente Relator.

05/11/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, já colaborei o quanto pude para acompanhar o eminente Relator.

Apenas citarei um caso que foi mencionado, pelo Ministro Gilmar Mendes, nos debates, que comprova a assertiva da tese. Um cidadão sequestrado só pode ser liberado se adotada a tese que nós acabamos de firmar.

05/11/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, também louvo o voto trazido pelo eminente Relator e o acompanhamento na íntegra, inclusive quanto à tese.



05/11/2015

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a rigor, dos integrantes do Colegiado, eu é que devo sustentar o voto, porque estarei a divergir. Por isso, creio que tenho crédito no uso do tempo.

Presidente, começo assentando uma premissa: quanto mais grave a imputação, maior deve ser o cuidado na observância das franquias constitucionais. Caso contrário, vamos construir, na Praça dos Três Poderes, um paredão e então corrigiremos o Brasil – consertaremos o Brasil com "s" e com "c".

O que nos vem da Constituição Federal, mais precisamente do inciso XI do artigo 5º, é uma regra. Vou ler o dispositivo, para meu governo e documentação no voto:

Art. 5º [...]

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

A regra é a inviolabilidade da casa; a exceção corre à conta do consentimento do morador, da configuração do flagrante delito – que hoje já não é mais nem sequer título para a prisão, o que se dirá para uma condenação, porque, na prisão provisória, pelo flagrante, o juiz deve substituí-la, quanto ao título específico, pela preventiva – ou desastre e para prestar socorro, e por ordem judicial durante o dia, por determinação judicial.

O que houve na espécie, Presidente? O corréu, que confessou inclusive o crime – que não é o Paulo Roberto, é o Reinaldo Campanha –, foi surpreendido, numa estrada federal, pilotando, conduzindo um caminhão, em cujo interior havia drogas. Ele, então, como corréu, apontou que aquela droga seria de um terceiro, o recorrente deste

## RE 603616 / RO

extraordinário, que tinha recebido R\$ 200,00 para fazer o transporte. Os policiais, então, imaginaram: bem, se a droga era desse terceiro, na respectiva residência, no domicílio, senão mais um tanto da droga, pelo menos apetrechos indispensáveis à comercialização. Foram ao Judiciário os policiais buscar um mandado de busca e apreensão? Não, simplesmente entraram na casa sem um mandado e procederam a essa busca e apreensão, localizando, em um automóvel que estava na garagem, uma porção de droga.

Indaga-se, Presidente, tendo em conta as definições próprias ao Direito Penal, e o Direito Penal se rege pelo princípio da legalidade estrita: podemos cogitar de crime permanente? Não, Presidente. O tráfico, quanto ao delito em si, exaurira-se na apreensão da droga que estava no caminhão. Poderiam os policiais não ter encontrado, na residência, qualquer indício do tráfico, mas encontraram. Será que esse resultado justifica a invasão, olvidando-se o disposto no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal? Não.

E não se tem, Presidente, qualquer elemento – a não ser a palavra do corréu, e esta não serve à condenação –, não se tem no acórdão proferido – estamos em sede extraordinária, estamos julgando a partir dessas premissas constantes do acórdão, não podemos inovar nas premissas fáticas –, não se tem uma linha quanto a um outro elemento probatório que levasse à conclusão da culpabilidade, senão a apreensão ocorrida, embora com transgressão ao inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, e a palavra do corréu. Por isso, o ministro Cezar Peluso – estimaria que Sua Excelência ainda estivesse entre nós, um grande Juiz, um sensível Juiz – proveu o agravo interposto para a subida deste Extraordinário.

Presidente, não posso – por mais que queira, como disse, corrigir rumo no Brasil, chegar a dias melhores – desconhecer esses parâmetros inafastáveis, porque estamos em sede extraordinária, e que estão no acórdão impugnado. Não tenho como dizer que o caso revela crime permanente, porque estaria a olvidar o exaurimento quanto ao delito perpetrado, no que surpreendido, um dos corréus, conduzindo a droga

## **RE 603616 / RO**

em rodovia federal.

Por isso, peço vênia para, no caso, prover o recurso e ressaltar que a garantia constitucional tem eficácia. Não estou aqui a dizer que não cabe à polícia invadir uma casa quando esteja sendo realmente cometido – considerado o flagrante, portanto – um delito. Não é isso. Estou considerando as balizas objetivas do caso concreto e, a partir dessas balizas, tenho que não se sustenta a condenação do recorrente.

Provejo o recurso e, no caso, absolvo-o.

05/11/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhor Presidente, **para acompanhar** o voto do eminente Relator, **aderindo**, *também*, **à tese** formulada **que mereceu** o beneplácito de Sua Excelência.

**Ao assim votar**, tenho em consideração **as razões** *que longamente expus em precedentes de que eu próprio fui Relator (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), referentes ao tema sensível da inviolabilidade domiciliar que traduz, como todos sabemos, um dos mais significativos direitos fundamentais da pessoa.*

*Sendo assim*, **conheço** do presente recurso extraordinário **para negar-lhe** provimento.

**É o meu voto.**

05/11/2015

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio para também negar provimento ao recurso, acompanhando integralmente o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Eu entendo que o art. 5º, inciso XI, da nossa Constituição prevê, sim, a possibilidade de se penetrar, sem consentimento do morador, em sua residência, quando existir a hipótese de flagrante delito. E, como já foi dito aqui, o nosso art. 33 da Lei 11.343, de 2006, estabelece que ter em depósito drogas constitui um crime permanente, portanto, dá ensejo exatamente a essa condição de flagrância. Eu lembro que esta expressão flagrante vem de *flagrare*, que significa queimar, portanto, exige-se uma atuação imediata da autoridade policial para evitar que o crime se consuma ou que o crime se perpetue. Logo, neste caso, está justificada a invasão do domicílio sem a autorização competente do magistrado.

Eu também estou de acordo com a tese formulada, agora com as achegas do Ministro Teori Zavascki e do Ministro Luiz Fux. Penso que essa é um salvaguarda suficiente para prevenir eventuais abusos das autoridades policiais.

05/11/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, a tese proposta: a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas **a posteriori**, que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.



## PLENÁRIO

### EXTRATO DE ATA

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616**

PROCED. : RONDÔNIA

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

RECTE.(S) : PAULO ROBERTO DE LIMA

ADV.(A/S) : JEOVÁ RODRIGUES JÚNIOR

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** Após o relatório e a sustentação oral, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Dr. Denis Sampaio, Defensor Público do Estado, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.11.2015.

**Decisão:** O Tribunal, apreciando o tema 280 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a *posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados", vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, participando como palestrante do *XVI Encuentro de Magistradas de los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamerica*, em Havana, Cuba, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 63

