
Maria Clara Hage Pereira

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E PRISÃO EM FLAGRANTE:

uma análise a partir das decisões
dos Tribunais Superiores



AYA EDITORA

2024

Maria Clara Hage Pereira

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E PRISÃO EM FLAGRANTE:

uma análise a partir das decisões
dos Tribunais Superiores



AYA EDITORA

2024

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Maria Clara Hage Pereira

Capa

AYA Editora©

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Dr.ª Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2024 - **AYA Editora** - O conteúdo deste livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva da autora. A autora detém total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro devem ser direcionados exclusivamente à autora.

P436 Pereira, Maria Clara Hage

Inviolabilidade de domicílio e prisão em flagrante: uma análise a partir das decisões dos tribunais superiores [recurso eletrônico]. / Maria Clara Hage Pereira -- Ponta Grossa: Aya, 2024. 78 p

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-524-2

DOI: 10.47573/aya.5379.1.272

1. Direitos fundamentais. 2. Violação de domicílio. 3. Violação de domicílio – Brasil. 4 Direito constitucional - Brasil. 5. Flagrante delito – Brasil. 6. Prisão (Direito penal) – Brasil. I. Título

CDD: 345.8102

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO.....	10
<i>Breve noção histórica</i>	<i>10</i>
<i>A inviolabilidade de domicílio como direito fundamental</i>	<i>12</i>
<i>Limitações dos direitos fundamentais.....</i>	<i>17</i>
<i>Exceções constitucionais à inviolabilidade de domicílio.....</i>	<i>19</i>
<i>A inviolabilidade como garantia no contexto do processo penal.....</i>	<i>21</i>
TEORIA DO CRIME, CRIMES PERMANENTES E O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO	25
<i>Breves considerações sobre a teoria do delito.</i>	<i>25</i>
<i>Conceito analítico de crime.....</i>	<i>27</i>
<i>Classificação dos crimes quanto à ação e o crime permanente.....</i>	<i>31</i>
<i>O crime de violação de domicílio</i>	<i>33</i>
PRISÕES	38
<i>Aspectos gerais das prisões no processo penal..</i>	<i>38</i>
<i>A prisão em flagrante</i>	<i>42</i>
<i>Espécies de flagrante</i>	<i>46</i>
<i>A prisão em flagrante nos crimes permanentes...</i>	<i>50</i>
DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E PRISÃO EM FLAGRANTE	54

<i>Decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 603.616/RO</i>	<i>54</i>
<i>Decisão do Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus nº 598.051/SP</i>	<i>56</i>
<i>Decisão do Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus nº HC nº 674.139/SP</i>	<i>57</i>
<i>Aspectos favoráveis das decisões.....</i>	<i>59</i>
<i>Principais críticas</i>	<i>62</i>
<i>O perigo da discricionariedade exercida no controle judicial “A Posteriori”</i>	<i>65</i>
REFERÊNCIAS.....	69
SOBRE A AUTORA	73
ÍNDICE REMISSIVO	74

INTRODUÇÃO

A inviolabilidade do domicílio é tratada no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, sendo hoje compreendida como um direito-garantia fundamental correlato ao direito à intimidade, tendo em vista que também busca proteger a esfera mais íntima da vida de uma pessoa, lhe garantido pleno espaço para o desenvolvimento da sua personalidade. É, pois, uma liberdade individual que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e só pode ser restringida nas hipóteses excepcionalíssimas previstas no próprio texto constitucional. Uma destas é a situação de flagrante delito, cuja ocorrência justifica o ingresso ostensivo em domicílio alheio, ainda que sem autorização judicial.

Contudo, a interpretação da norma constitucional gera controvérsias na prática, sobretudo porque revela uma constante tensão entre a preservação do núcleo essencial do direito fundamental e os interesses da segurança pública.

De outro vértice, a jurisprudência que se desenvolveu acerca do tema, por muito tempo se limitou a prever que, nos casos da prática de crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o estado de flagrância era mantido e, portanto, estaria autorizado o ingresso forçado em domicílio alheio. Todavia, tal concepção acabava por esvaziar a garantia, fragilizando um direito constitucionalmente protegido, em total afronta às exigências de um Estado Democrático de Direito cujo programa normativo se fundamenta na proteção do indivíduo.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 603.616, que tratava justamente de uma situação de flagrante de crime de natureza permanente para analisar o âmbito de proteção do direito à inviolabilidade de domicílio.

No julgamento do mencionado recurso, a Corte Constitucional fixou entendimento segundo o qual é autorizada a entrada forçada em domicílio alheio, sem mandado judicial, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. Entretanto, ficou ressalvado que a suspeita deve ser justificada posteriormente perante a autoridade judicial, sob pena de responsabilização disciplinar,

civil e penal dos agentes e da autoridade policial envolvida, bem como de nulidade dos atos praticados.

A despeito de a tese firmada demonstrar uma evolução na compreensão da extensão do direito à inviolabilidade de domicílio, sobretudo se comparada com os precedentes anteriores da Corte, não se pode ignorar que a decisão deixou de enfrentar diversas questões problemáticas, conferindo amplo espaço de interpretação para os aplicadores do direito e, conseqüentemente, a relativização da garantia.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça também enfrentou a questão da inviolabilidade domiciliar e estabeleceu parâmetros para a aferição da legalidade do procedimento, mas a realidade fática ainda demonstra que a garantia constitucional está longe de ser respeitada.

Neste diapasão, por tratar de uma problemática que envolve direitos fundamentais, persecução criminal e liberdades públicas, se faz necessária uma análise detalhada das decisões de Tribunais Superiores a respeito do tema, sobretudo se considerada a realidade social do país, conhecida por ações arbitrárias por parte dos agentes de segurança pública, que demandam maior controle do Poder Judiciário.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Breve noção histórica

A tutela da inviolabilidade de domicílio está intimamente ligada à da intimidade e da vida privada, inseridas no rol dos direitos da personalidade. Embora os conceitos de vida privada e intimidade muitas vezes se confundam, este é mais restrito que o primeiro, estando nela inserida. Na lição de Alexandre de Moraes:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo.

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.¹

Paulo José da Costa Jr., ao tratar da tutela da intimidade, afirmou que esta “[...] concerne ao aspecto da individualidade. Corresponde tão-somente àquela aspiração do indivíduo de conservar a sua tranquilidade de espírito, aquela sua paz interior (*la vie privée doit être murée*) [...]”². Assim, o direito à intimidade, relaciona-se com o direito de estar só, dentro de uma perspectiva sentimental. Ele busca proteger o indivíduo de interferências indesejadas no ponto mais profundo de sua essência. Daí porque é na tutela da intimidade que se insere a proteção do domicílio, da correspondência e do segredo profissional.

Em que pese a tutela da intimidade e a da vida privada só tenham se solidificado de forma expressa nas legislações a partir do século passado, a proteção do domicílio remonta às tradições inglesas do século XVIII, quando Lorde Chatham, ao discursar no parlamento, afirmou que:

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.³

A partir daí, com os ideais trazidos pela Revolução Francesa e pelo Iluminismo, a

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

² COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: a tutela penal da intimidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32

³ CHATHAM apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

noção da inviolabilidade do domicílio se fortaleceu, embora ainda estivesse, nessa época, relacionada à proteção do direito à propriedade privada em decorrência da concepção burguesa que regia as relações jurídicas e sociais do período.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrou expressamente a tutela da intimidade, bem como a tutela do domicílio, ao dispor em seu artigo 12 que "ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem de ataques à sua honra e ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques". Foi nesse no contexto de mudanças, muitas delas trazidas pelo desenvolvimento tecnológico do século XX, que as legislações passaram a fazer referência à necessidade de proteção dos direitos à intimidade e à vida privada, agora como uma expressão dos direitos da personalidade e não mais dos direitos de propriedade.

Nessa linha, a Carta Magna brasileira de 1988, elaborada em um contexto marcado pelo fim da ditadura militar, período de supressão das liberdades individuais, também conferiu proteção constitucional a esses direitos ao expressar em seu artigo 5º, inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". E foi além. O texto constitucional protegeu propriamente o domicílio, resguardando, assim, essa esfera, de extrema importância, da intimidade, ao dispor em seu artigo 5º, inciso XI que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Neste ponto, deve-se lembrar que a proteção do domicílio está presente no ordenamento jurídico pátrio desde a primeira constituição, outorgada por D. Pedro I em 1824, que previa em seu artigo 179, inciso VII que:

Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar (Brasil, 1824).

As constituições de 1891 e 1934 pouco alteraram a previsão anterior. Já a Constituição do Estado Novo, de 1937, em que pese tenha protegido o domicílio, o fez de forma genérica,

assegurando a inviolabilidade, mas sem fazer ressalvas referentes ao período noturno, deixando que as exceções fossem definidas pelo legislador. Em 1946, a nova constituição reforçou a proteção do domicílio, trazendo uma redação similar aos dispositivos previstos em 1824 e 1891. E, a despeito de terem sido elaboradas no período da ditadura militar, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, mantiveram a cláusula com redação similar, resguardando a proteção do domicílio, ao menos no texto constitucional, ainda que na prática as violações ao texto fossem frequentes.

É importante salientar, contudo, que a compreensão da inviolabilidade de domicílio como um direito fundamental derivado do direito à intimidade, foi se solidificando com o tempo, especialmente em face do desenvolvimento da doutrina acerca dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, buscando a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, hoje, a proteção do domicílio é uma extensão da proteção ao desenvolvimento da personalidade humana, na esfera da intimidade. Essa é a razão, e não outro motivo de cunho patrimonial, pela qual se resguarda o local onde, em primeiro lugar, se desenvolve a vida privada e os acontecimentos mais íntimos da vida de uma pessoa.

A inviolabilidade de domicílio como direito fundamental

Os direitos fundamentais, para a doutrina majoritária, são direitos constitucionais que surgem a partir da perspectiva de valorização da dignidade da pessoa humana, que passou a figurar nas constituições no período após a Segunda Guerra Mundial. Para estes doutrinadores, a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, políticos ou mesmo sociais, como ensina Luís Roberto Barroso:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade [...] Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais para a tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral.⁴

Há de ser ressaltada a concepção de José Joaquim Gomes Canotilho⁵, para quem, compreender o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993, p. 470.

fundamentais seria uma posição limitadora do seu conteúdo. Apesar dessa posição, o doutrinador português compreende os direitos fundamentais como sendo aqueles naturais e inalienáveis do indivíduo e, por esta razão, devem ser positivados no lugar primeiro das fontes de direito, as normas constitucionais.

De outro vértice, a elaboração de um conceito único para os direitos fundamentais muitas vezes se esbarra na sua própria mutabilidade, bem como na diversidade de expressões que são usadas para nominá-los. A doutrina majoritária prefere a nomenclatura direitos fundamentais, fazendo ressalvas às terminologias direitos humanos, liberdades públicas e outras utilizadas. A este respeito, a lição de José Afonso da Silva:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁶

Ademais, a doutrina majoritária costuma dividir os direitos fundamentais em gerações, o que se dá em caráter doutrinário e explicativo, posto que os direitos fundamentais são mutáveis e estão sempre a surgir. A primeira geração de direitos, fruto dos ideários da Revolução Francesa, seria constituída por direitos do indivíduo frente ao Estado, seriam direitos que concretizariam a não intervenção estatal na esfera individual. A segunda geração é marcada pelos direitos sociais, direitos à prestação estatal, decorrentes justamente da omissão do poder público atrelada a ideia do *laissez-faire, laissez-passer*. A terceira geração é composta por direitos de titularidade difusa, fruto da "explosão da densidade demográfica e o subsequente aumento do consumo e o recrudescimento das transgressões ambientais [...]"⁷, esta geração consagra o princípio da fraternidade sob à luz de uma sociedade já modernizada. Há, ainda, a quarta geração de direitos, que seriam os direitos das minorias, direitos ao pluralismo, dentre outros. Hoje, alguns doutrinadores também falam da quinta geração de direitos fundamentais, o que só demonstra que estes estão sempre surgindo, como resposta às necessidades da sociedade.

Percebe-se assim, que os direitos fundamentais revelam em seu conteúdo as relações econômicas e sociais de cada período histórico. Eles são instituídos em resposta às necessidades que surgem na sociedade e funcionam como limites aos poderes constituídos

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

⁷ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 637.

pelo Estado, conferindo proteção às situações jurídicas com o objetivo de garantir a vida, liberdade, integridade, intimidade etc. dos indivíduos.

Por estes motivos, os direitos fundamentais devem ser formalmente e materialmente reconhecidos. Sobre a efetividade dos direitos fundamentais, Luís Roberto Barroso afirma que:

Todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadores de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos - políticos, individuais, sociais ou difusos - são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.⁸

Além do direito de ação, que confere a possibilidade de se exigir do Poder Judiciário a concretização da Constituição, o próprio constituinte elencou uma diversidade de normas que protegem os direitos fundamentais e limitam o exercício do poder estatal. Estas normas seriam as garantias, responsáveis por assegurar ao cidadão a possibilidade de exigir o cumprimento dos direitos quando violados.

Ruy Barbosa, ao tecer comentário à primeira constituição republicana, diferenciou os direitos das garantias fundamentais da seguinte forma:

No texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.⁹

Entretanto, a fronteira entre direitos e garantias muitas vezes não é clara. Para José Afonso da Silva, "Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma *assecuratória*"¹⁰. Nesse sentido, certas ocasiões o direito estaria, em verdade, inserido em uma norma de garantia. José Joaquim Gomes Canotilho¹¹, de igual modo, entende que as garantias também são direitos, afirmou que aquelas se traduzem quer no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245.

⁹ BARBOSA, Ruy apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993, p. 520.

Contudo, tais divergências não encontram obstáculos práticos, uma vez que a Constituição confere o mesmo tratamento aos direitos e às garantias fundamentais, as quais são encontradas, inclusive, no mesmo título da Carta Magna.

Nesta concepção, a cláusula da inviolabilidade de domicílio seria um direito em si mesmo e também uma garantia ao direito à intimidade. Esse é o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem:

A inviolabilidade de domicílio visa proteger a intimidade do homem. Busca-lhe um espaço reservado, proibindo intromissões dos outros homens e do próprio Estado. Garante-lhe, pois, a base necessária para o desenvolvimento de sua personalidade.¹²

Demonstra-se aqui, mais uma vez, que o objeto da tutela deste direito-garantia fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, é o respeito à personalidade, e mais especificamente os direitos à privacidade e à intimidade. Dessa forma, o domicílio é consagrado como asilo inviolável, espaço físico no qual o indivíduo não pode sofrer interferências de terceiros e do próprio Estado, salvo nas hipóteses excepcionalíssimas previstas no próprio dispositivo legal. Inclusive, a despeito de José Afonso da Silva classificar a inviolabilidade de domicílio como um direito fundamental à segurança, é nítido que, para o constitucionalista, a segurança a que se refere seria mais uma proteção individual à intimidade e à privacidade.

De qualquer modo, seja a cláusula da inviolabilidade de domicílio entendida como direito, seja como garantia fundamental, ela constitui-se cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal e, portanto, não pode ser extinta nem sofrer redução. Além disso, o artigo 5º, § 1º do texto constitucional prevê que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, são normas de caráter preceptivo.

No que tange especificamente à cláusula da inviolabilidade de domicílio, não há muitas controvérsias acerca da sua aplicabilidade, porque a norma já teria "todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta, definindo com precisão qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse regulado na norma"¹³. Todavia, destaca-se que, na realidade, nem todas as normas constitucionais que tratam de direitos e garantias fundamentais possuem esta citada aplicação direta e imediata, "mesmo algumas

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86.

normas constantes no artigo 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido”¹⁴.

Contudo, outros problemas interpretativos podem surgir a partir do enunciado normativo adotado pela Constituição Federal. Neste ponto, é importante esclarecer os conceitos de casa para o direito constitucional e de domicílio para o direito civil, sobretudo porque, por tratar de um espaço físico mais abrangente, aquele permite a melhor efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil estabelece em seu artigo 70 que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Nos artigos seguintes, o legislador definiu os regramentos para os casos de domicílio plural, bem como o domicílio para as situações em que o indivíduo não tenha residência habitual. Todavia, esses conceitos são insuficientes para compreender a proteção conferida pela Constituição.

É certo que, ao proclamar a casa como asilo inviolável do indivíduo, o constituinte quis proteger a privacidade do cidadão e, portanto, o significado do termo *casa* é mais abrangente que a definição do domicílio para o Direito Civil. Isso ocorre porque, como exposto, a cláusula da inviolabilidade de domicílio foi proposta com o objetivo de assegurar espaço para o desenvolvimento da personalidade de cada um, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o objeto desta garantia constitucional compreende “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”¹⁵. Constata-se, portanto, que o termo *casa* não se limita à residência, mas aos locais nos quais o indivíduo possa exercer a sua intimidade sem intromissões, como o quarto de hotel, o escritório de advocacia, dentre outros, posto que o que se protege são os espaços onde o indivíduo desenvolve a sua vida privada. A este respeito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 252.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.595/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ em 01/02/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

O ponto essencial da caracterização está na exclusividade em relação ao público em geral. Assim, é inviolável como domicílio tanto a moradia quanto o estabelecimento de trabalho, desde que não esteja aberto a qualquer um do povo, com um bar ou restaurante.¹⁶

Ingo Wolfgang Sarlet concluiu, também neste sentido, que o conceito de domicílio serve a uma dupla finalidade no direito constitucional:

É possível afirmar que também no direito constitucional brasileiro trata-se de um conceito funcional de domicílio (casa), que serve a uma dupla finalidade de proteção: (a) como espaço de fruição da esfera privada, o domicílio abrange não apenas habitações fixas, mas também espaços móveis, que servem de recolhimento à privacidade, como uma barraca de num acampamento, um barco ou um trailer; (b) a noção de domicílio também protege um espaço livre de intervenção que diz respeito à ocupação (mediante exclusão de terceiros e da autoridade estatal) para o exercício de atividades profissionais ou outras atividades lícitas.¹⁷

Finalmente, entende-se que a inviolabilidade de domicílio, como direito fundamental, deve ser sempre interpretada sob à luz do princípio da máxima efetividade, sobretudo por tratar-se de um direito de titularidade do indivíduo, exercido geralmente contra o Estado, que protege não só a casa como espaço físico, mas, principalmente, o desenvolvimento da personalidade do seu titular.

Limitações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo, algumas vezes, sofrer limitações. Isso ocorre porque o seu exercício pode provocar colisões com outros direitos constitucionalmente protegidos, bem como, em certos casos, se contrapor a interesses sociais relevantes. A este respeito, prevalece acertadamente a concepção de que os direitos e garantias individuais não podem servir de escudo para a prática de atividades ilícitas.

Por estes motivos, quando ocorrem conflitos entre dois ou mais direitos fundamentais, alguns deles podem sofrer mitigação em face dos outros, o que faz a solução desses conflitos ser extremamente complicada. É necessário, portanto, analisar previamente o chamado âmbito de proteção dos direitos fundamentais, no intuito de tentar proteger ao máximo o núcleo essencial de cada direito, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 36.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. *A inviolabilidade de domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/ff/article/download/470/8>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

A fixação deste âmbito de proteção leva em consideração não só a identificação dos bens juridicamente protegidos por cada norma, mas também as possíveis restrições previstas na própria Constituição. Observa-se, pois, que algumas normas constitucionais previstas no artigo 5º da Carta Magna contém, além da norma de garantia, uma norma que autoriza restrições ao exercício do direito, como é o caso da que determina a inviolabilidade domiciliar. Neste caso, o próprio constituinte, após sopesar os bens jurídicos, entendeu que apesar da casa ser asilo inviolável, em certos casos, por motivo de necessidade e urgência, permite-se a restrição do direito.

É importante frisar que, para os adeptos da teoria interna dos direitos fundamentais, as restrições que uma norma constitucional apresenta fazem parte do próprio direito, ou seja, não são propriamente restrições, mas definições que estabelecem o âmbito de proteção do direito fundamental.

Entretanto, seja como restrição ou parte da definição do próprio direito, no que tange ao âmbito de proteção da norma da inviolabilidade de domicílio, estabeleceu-se entendimento segundo o qual "esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito"¹⁸.

A própria Constituição Federal trouxe em seu texto normativo exceções que flexibilizam a inviolabilidade de domicílio ao prever no seu artigo 5º, inciso XI que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Infere-se da norma constitucional que nas hipóteses previstas o direito individual à inviolabilidade deve ceder.

Cumprido destacar que a restrição do direito à inviolabilidade de domicílio não significa a supressão de uma garantia fundamental. Ocorre que o constituinte entendeu que há alguns casos que justificam a flexibilização da inviolabilidade do lar, razão pela qual estabeleceu um rol taxativo de hipóteses, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, sabe-se que não existe direito fundamental absoluto, daí porque existindo conflito entre dois ou mais direitos, o intérprete deve utilizar o princípio da harmonização

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 384.

para "coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros"¹⁹, mesmo que no caso específico não exista previsão legal autorizando a restrição.

Exceções constitucionais à inviolabilidade de domicílio

O artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal dispõe que a casa do indivíduo é seu asilo inviolável, mas também prevê algumas exceções a essa inviolabilidade, quais sejam: o caso flagrante delito, o caso de desastre, ou para prestar socorro, ou por determinação judicial, neste último caso apenas durante o dia. Como a própria norma indica, o consentimento do morador, desde que livre, autoriza o ingresso no domicílio, não havendo que se falar em violação independentemente do horário. Esse consentimento pode ser tácito ou expresso, desde que seja inequívoco e anterior a entrada no domicílio. Cumpre ressaltar que nos casos em que há mais de um titular, cabe ao chefe da casa ou da comunidade a decisão final acerca da autorização para entrada na casa. Por outro lado, havendo pessoas em igualdade de condições, deve prevalecer a opinião da maioria. Todavia, caso existam opiniões diversas, entende-se a melhor doutrina que prevalecerá a proibição.

Ainda no que diz respeito ao consentimento do morador, verifica-se que este só pode ser dado por alguém que tenha consciência e compreenda as consequências do ato. O sujeito jamais pode ser induzido a erro e tampouco a autorização para entrada no domicílio pode ser presumida. Ainda sobre o assunto, Aury Lopes Jr. trata da impossibilidade do consentimento ser dado por alguém que esteja em prisão domiciliar, asseverando que "é insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente"²⁰.

Não existindo o consentimento do morador, o ingresso no domicílio só é permitido nos casos expressamente previstos na Constituição, configurando as exceções um rol taxativo. Entre elas, a hipótese que gera mais controvérsias é aquela que trata dos casos de flagrante delito, contudo, essa restrição será objeto de análise em outro capítulo deste trabalho.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

²⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 716.

Conforme consta no texto constitucional, é permitido o ingresso no domicílio alheio, sem prévio consentimento, nos casos de ocorrência de desastre ou para prestar socorro. Na primeira hipótese, o acontecimento deve ser capaz de colocar em risco a vida ou a saúde de quem ocupa a casa. Trata-se, portanto, de uma invasão justificável para salvar quem sofre o perigo ou mesmo para evitar danos mais gravosos. É semelhante a justificativa nos casos de prestação de socorro. Embora neste caso o evento não precise ser de extrema gravidade, como uma inundação ou incêndio, é necessário que alguém esteja correndo sério risco no interior da casa e não haja tempo ou oportunidade para se obter o consentimento da entrada. Em ambas hipóteses descritas, o ingresso pode se dar tanto durante o dia, quanto durante a noite.

Há, ainda, a hipótese de entrada, durante o dia, mediante autorização judicial. Nesses casos, a ordem judicial deve ser escrita, fundamentada e a necessidade do ingresso aferida no caso concreto, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, posto que se trata de uma restrição de direito fundamental. O mandado judicial deve ser específico e conter a indicação do local onde se ingressará, bem como os motivos e a finalidade da diligência, tudo isso para impedir a realização de buscas arbitrárias.

Acerca desta última hipótese, existe uma divergência doutrinária que versa sobre o conceito de dia e noite. José Afonso da Silva²¹ entende como dia o período que vai das 6 horas da manhã até as 18 horas, mas há outros doutrinadores que entendem que dia seria o período compreendido entre o nascer e o pôr do sol e, em contrapartida, há quem argumente que o período diurno não pode ultrapassar 12 horas, independente da existência de luminosidade solar, como Manoel Jorge e Silva Neto.

[...] a interpretação que melhor efetiva a inviolabilidade em exame é aquela segundo a qual será reputada incompatível com a Constituição toda e qualquer exegese que admita a diminuição do que seja "noite". Com evidência, é óbvio que, se o direito pode ser afastado durante o dia, por determinação judicial, não poderão ser considerados compatíveis com a norma constitucional os atos do poder público, mormente de natureza legislativa, que impliquem o reconhecimento de que o "dia" é período superior a doze horas [...].²²

Destarte, conclui-se que a limitação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio é submetida, em geral, à reserva de jurisdição, tratando as outras hipóteses excepcionais de situações que devem evidenciar emergência ou urgência aptas a justificar

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 437.

²² NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 753.

a flexibilização de um direito-garantia sem análise judicial prévia. Em outras palavras, tendo em vista que o indivíduo é o titular do direito e que este, na maioria das vezes, é exercido contra o arbítrio de autoridades, caso não se configure uma situação concreta de risco iminente, deve ser solicitada a expedição de uma ordem judicial, pela a qual deverá ser analisada a necessidade de ingresso ostensivo no domicílio.

A inviolabilidade como garantia no contexto do processo penal

A análise feita em tópico anterior, identificou o direito à inviolabilidade de domicílio como consectário do direito à intimidade e dos direitos da personalidade, bem como demonstrou a sua importância como direito-garantia fundamental. Contudo, a vida cotidiana revela diversas práticas que atentam contra os direitos fundamentais, muitas delas simplesmente justificadas sob o argumento da prevalência do interesse público. Alega-se que o Estado precisa efetivar o direito à segurança pública, este também fundamental, e que, em certos casos, deveria prevalecer em detrimento dos outros. Na maioria das vezes essas violações ocorrem na esfera da persecução criminal, razão pela qual se faz necessário trazer o estudo do direito à inviolabilidade de domicílio para esse contexto.

A Constituição Federal estabeleceu as hipóteses em que o direito à inviolabilidade do domicílio ficaria afastado, são as chamadas restrições ou exceções constitucionais, as quais já foram expostas. Entretanto, deve-se ponderar que essas são medidas excepcionais, que precisam ser interpretadas e aplicadas à luz da concepção de um Estado Democrático de Direito que respeite a primazia dos direitos individuais.

Destarte, em que pese a previsão legal autorize, em alguns casos, o ingresso no domicílio sem o consentimento do responsável, o procedimento deve considerar os limites impostos pelo espírito de proteção da dignidade da pessoa humana que a Carta Magna propôs e somente se legitima quando praticada dentro da mais estrita legalidade e necessidade. Essa noção é importante, especialmente se considerada a forma como realmente atua a força policial nas periferias brasileiras, geralmente de maneira arbitrária e com utilização de meios inidôneos, muitas vezes justificados pela própria sociedade em nome da “necessidade de combate ao crime”. Neste ponto, destaca-se que é a população carente é a que mais sofre com esses abusos, como destaca René Ariel Dotti, para quem

“os direitos e as garantias fundamentais que a Constituição declara em favor de todos são, lamentavelmente, descurados em relação aos pobres nos procedimentos rotineiros da investigação policial [...]”²³.

No âmbito da persecução penal, as violações de domicílio ocorrem rotineiramente, inclusive quando se trata de casos de flagrante delito ou por determinação judicial. Em que pese a própria Constituição autorize hipóteses como essas, muitas vezes as ações se revestem de irregularidades e revelam o abuso do poder estatal no exercício do seu poder de polícia. Dessa forma, a exceção que antes era autorizada, deixa de ser legítima.

Neste ponto, as hipóteses previstas no inciso XI do artigo 5º do texto constitucional, que autorizam o ingresso no domicílio sem consentimento do morador, precisam ser compreendidas não apenas como exceções à inviolabilidade do domicílio, mas, sobretudo como garantidoras desse direito. Isso porque, a despeito delas limitarem o direito fundamental à inviolabilidade, portanto, como limites ao exercício desse direito, devem também existir limites para tais limites, de forma que o conteúdo garantista do preceito não reste esvaziado²⁴. Por isso, as exceções são hipóteses taxativas, que somente podem ser interpretadas de maneira restrita.

No caso do ingresso sem autorização na ocorrência de pretensão flagrante delito, por exemplo, a ação policial é submetida posteriormente ao crivo do Judiciário e é nesse momento que, havendo irregularidades, o processo penal precisa atuar como instrumento de contenção do poder coercitivo em prol da efetivação das garantias constitucionais, sobretudo porque, para se legitimar, o processo penal precisa ser compreendido à luz da Constituição, como aponta Aury Lopes Jr.:

Daí por que, em uma Constituição democrática como a nossa, há que se (re)construir o processo penal desde esse referencial, calcado no respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sem que isso se confunda com impunidade, mas também sem jamais deixar escorregar para o abismo do estado-de-polícia.²⁵

O processo penal tem, portanto, o dever e a responsabilidade de coibir as práticas ilegais e abusivas, no intuito de assegurar os direitos individuais dos cidadãos. Note-se que os direitos fundamentais ao tempo que freiam as arbitrariedades estatais, são pressupostos

23 DOTTI, René Ariel. *O pobre no direito e no processo penal*. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 45-54, março/abril/maio 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87813/90735>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial*. Consultor Jurídico, 13 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

25 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 709.

para um Estado Democrático de Direito. Como ensina Juarez Tavares, "a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência"²⁶. O processo penal deve, portanto, ser pautado por uma instrumentalidade constitucional, como "um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais"²⁷.

No que diz respeito à inviolabilidade de domicílio, uma vez que se trata de um direito-garantia fundamental, deve ser compreendida como tal em todos os seus aspectos, sobretudo porque que permite o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e que, por esta razão, ocupa lugar de destaque dentre as liberdades individuais, devendo ser assegurado judicialmente quando necessário.

Nesta linha, não é mais cabível a mera justificativa da supremacia do interesse público como argumento autorizador da restrição de direitos. Conforme, inclusive, destaca Aury Lopes Jr.:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à "supremacia" do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder.²⁸

Conclui-se, portanto, que o direito à inviolabilidade de domicílio só pode ser excepcionado nos restritos termos da Constituição e, principalmente, ter sua legalidade aferida e justificada em cada caso concreto. Neste ponto, tanto o Ministério Público, na função de fiscal da lei, quanto a autoridade judicial, devem controlar a atividade policial através do processo penal. Caso não seja dessa maneira, a restrição constitucional deixa de ser admissível, posto que não se trata de um "cheque em branco" conferido pelo constituinte.

Contudo, a despeito de parte da doutrina já compreender a inviolabilidade do domicílio conforme concepção exposta acima, a fronteira que separa a violação de domicílio legítima e autorizada pela constituição, daquelas que se revestem de abusos e ilicitudes, ainda é obscura. Nos casos da ocorrência de flagrante delito, o que em tese autoriza o ingresso forçado no domicílio, a situação torna-se mais complexa.

²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

²⁷ LOPES JR., op. cit., p. 81.

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 708.

O cotidiano da atividade policial revela inúmeras arbitrariedades no momento de se averiguar a real ocorrência do flagrante, cuja fundada suspeita deve ser anterior a entrada no domicílio, sob pena desta ser ilegal. É, portanto, de extrema necessidade a compreensão das hipóteses de flagrante previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, bem como se faz necessário analisar, ainda que de forma suscinta, a teoria do crime e a classificação dos delitos quanto à forma de ação, para possibilitar uma visão mais profunda do fenômeno delituoso e do próprio crime de violação de domicílio.

TEORIA DO CRIME, CRIMES PERMANENTES E O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Breves considerações sobre a teoria do delito

A teoria do delito foi elaborada com objetivo de fixar critérios para definir o que seria o crime, permitindo, assim, a compreensão de todo o fato delituoso, transcendendo os limites da concepção hegeliana, segundo a qual o crime seria meramente definido como uma “ação criminoso”. A elaboração dessa teoria surgiu da necessidade de se conferir segurança jurídica ao direito penal e, ao longo dos anos, diversas explicações surgiram e foram aprimoradas por doutrinadores que buscavam entender o fenômeno criminoso.

A teoria do delito é, portanto, uma construção dogmática que objetiva concluir pela existência ou não de um crime em cada caso concreto. É o que explicam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Chama-se “teoria do delito” a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.²⁹

Sendo assim, conclui-se que a teoria do delito é responsável por estabelecer parâmetros e fornecer os caracteres que os crimes em geral devem apresentar para serem reconhecidos como tais, tornando mais clara e possível a subsunção do fato à norma.

Este trabalho não tratará de expor toda a origem e desenvolvimento das teorias criadas através dos tempos para analisar o crime, cabendo destacar que a evolução dessas teorias sempre foi marcada e influenciada pela conjuntura social e cultural de cada momento, as quais determinavam as formas de interpretação do crime.

A doutrina penal contemporânea utiliza um conceito estratificado para analisar o delito. Certamente, o delito é uno, um todo indivisível, sendo estratificada somente a forma

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 337.

adotada para aprimorar e facilitar sua compreensão, posto que os outros conceitos não permitem uma análise profunda do fenômeno delituoso, como será exposto no próximo tópico.

Esta concepção estratificada, também conhecida como analítica, é fruto de uma construção datada do século XIX e, desde então, a maioria dos doutrinadores conceitua o crime como ação típica, antijurídica e culpável, adotando a concepção analítica tripartida. Contudo, os elementos que caracterizam o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade ocupam posições diferentes em cada teoria.

Sabe-se que diversas teorias foram construídas, mas merece ser lembrada aqui a teoria natural-causalista, elaborada por Franz von Liszt³⁰, no século XIX, e desenvolvida por Ernest von Beling³¹, vez que foi a adotada quando da elaboração do Código Penal brasileiro. Um dos aspectos importantes e diferenciais dessa teoria é que ela não considera a finalidade da ação, desprezando, assim, a vontade do agente. É uma teoria que estuda a conduta humana sob o paradigma da causa e efeito, a conduta seria definida como um comportamento humano voluntário que provoca uma mudança externa. Por esta razão, não distingue um crime doloso do crime culposos, pois o resultado seria o mesmo em qualquer dos casos, um crime.

Deve ser asseverado que a ação ou omissão voluntária continuam a integrar o crime, o que a teoria natural-causalista desconsidera é a finalidade de tais atos. Sendo assim, para os adeptos dessa teoria, o dolo e a culpa não fazem parte do tipo, mas da culpabilidade, na qual serão analisados.

Contudo, a reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, incorporou ao ordenamento jurídico pátrio o conceito de crime trazido pela teoria finalista. Nesta teoria, o conceito estratificado do crime também é composto pelo fato típico, pela antijuridicidade e pela culpabilidade. Sua inovação foi ter retirado o dolo da culpabilidade, levando-o para dentro da conduta, fazendo com que ele fizesse parte do fato típico.

A atividade finalista fundamenta-se na noção de que o homem tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos, ou seja, consciente dos

30 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

31 Ibid, p. 369.

efeitos do acontecimento que vai gerar, pode prever as consequências da sua conduta. Hans Welzel³² foi quem desenvolveu essa teoria, que conferiu destaque à vontade humana. Chama-se de teoria finalista porque, nesta concepção, os fatos que constituem objeto do direito penal devem ser praticados com alguma finalidade, seja com dolo ou com culpa. Os crimes, portanto, não se diferenciam somente pelo desvalor do resultado, mas também pelo desvalor da própria conduta. Assim, o dolo sai da culpabilidade e passa a constituir o elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta humana, primeiro elemento do fato típico.

É certo que outras teorias surgiram após a finalista e que não há uma única forma de se interpretar a conduta humana e o delito, sendo este um dos temas mais controversos em direito penal. Deve ser lembrado que existem alguns doutrinadores que colocam a punibilidade como elemento do crime, ao lado do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade, bem como há outros, adeptos da teoria bipartida, que não colocam a culpabilidade como elemento do delito, mas apenas como mero pressuposto de aplicação da pena.

O tema é certamente controverso e embora a perspectiva finalista tenha predominado por muitos anos, existe uma forte crítica sobre suas limitações para explicar o fenômeno do crime na contemporaneidade.

Conceito analítico de crime

O Código Penal Brasileiro não traz um conceito legal de crime, distinguindo, apenas, os crimes das contravenções penais. Nesse aspecto, cumpre ressaltar que essa diferenciação dos crimes das contravenções diz respeito à gravidade das condutas e às penas aplicadas, numa clara orientação de política criminal. A definição do que seria o crime foi, portanto, deixada para a doutrina, que ao longo dos anos formulou diversas teorias para explicá-lo. Surgiram, então, os conceitos: formal, material e analítico de crime.

Sob o aspecto formal, crime seria toda infração a lei penal estatal, ou seja, seria crime o que a lei tipificasse como tal, pouco importando o conteúdo da norma. Como explica Heleno Cláudio Fragoso “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”³³. Dessa forma, percebe-se que esse conceito diz respeito apenas à forma,

32 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 395.

33 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 148.

dispensando uma análise valorativa de todo fenômeno que envolve o fato delituoso, o que é incompatível e limitado no contexto de um Estado Democrático de Direito que precisa ir além da dogmática tradicional.

Ante a insuficiência deixada pelo conceito formal de crime, que aborda apenas o aspecto externo do delito, Julio Fabbrini Mirabete destaca que:

[...] é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime.³⁴

Para este doutrinador, é necessário proteger através da lei penal os bens mais importantes para uma sociedade, sendo esta uma função do Estado. Sendo assim, buscou-se estabelecer um conceito que indicasse um aspecto material, ou substancial, do crime. Nessa concepção, crime seria o que Magalhães Noronha entendeu como uma “conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”³⁵. Todavia, a despeito de superar o formalismo, essa concepção de crime também é limitada, posto que não o conceitua de maneira precisa e taxativa. O conceito material de crime acaba trazendo definições imprecisas, muitas vezes mais ligadas à Sociologia e à moral mais do que ao direito, não conferindo, da mesma forma, segurança jurídica ao direito penal.

O conceito mais utilizado para compreender o crime na contemporaneidade é o analítico, também chamado de estratificado, o qual, como a própria denominação indica, busca analisar os elementos que compõem a infração penal em etapas, estratificadas, portanto, para captar toda a amplitude do fenômeno jurídico. Mais uma vez, cumpre destacar que o delito é unitário, a conduta é analisada como um todo que ou é ilícito ou não é, a estratificação é apenas uma forma de simplificar o estudo.

Entretanto, mesmo entre os defensores do conceito analítico (estratificado) de crime existem aqueles que apresentam concepções divergentes.

Na concepção bipartida, o crime seria apenas um fato típico e ilícito (antijurídico) e, portanto, a culpabilidade não faria parte do conceito de crime, sendo um pressuposto de aplicação da pena. A este respeito, a explicação de Júlio Fabbrini Mirabete:

³⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992. p. 92.

³⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

Com a enunciação da teoria da ação finalista, proposta por Hans Welzel, porém, passou-se a entender que a ação (ou conduta) é uma atividade que sempre tem uma finalidade. Admitindo-se sempre que o delito é uma conduta humana voluntária, é evidente que tem ela, necessariamente, uma finalidade. Por isso, no conceito analítico de crime, a conduta abrange o dolo (querer ou assumir o risco de produzir o resultado) e a *culpa em sentido estrito*. Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como “fato típico e antijurídico”. O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for *culpado*, ou seja, se houver culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena.³⁶

Esta concepção bipartida tem a adesão, dentre outros, de Damásio de Jesus³⁷, Celso Delmanto³⁸, Mirabete³⁹, que adotam essa mesma posição, segundo a qual, com a evolução da teoria da ação, não teria mais sentido inserir a culpabilidade como elemento do crime, posto que o dolo e a culpa agora, com a adoção da teoria finalista, fariam parte da conduta.

De outro vértice, há a concepção tripartida, que traz como elementos do conceito de crime o fato típico, a ilicitude (antijuridicidade) e a culpabilidade. Na visão de Francisco Assis Toledo:

O crime é fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídicos-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos é, pois, ação típica, ilícita e culpável.⁴⁰

No mesmo sentido entendem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O conceito do delito como conduta típica, antijurídica e culpável – que desenvolvemos - elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.⁴¹

36 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992. p. 93-94.

37 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195-198.

38 DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 109-112.

39 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992. p. 93-94.

40 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, São Paulo: Saraiva p. 80.

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista

Os adeptos dessa concepção entendem que o fato típico e a ilicitude também são pressupostos de aplicação da pena, não se justificando que a culpabilidade não seja elemento do crime tão somente por, igualmente, ser pressuposto.

De qualquer modo, essa condição não afasta nenhum elemento da estrutura do crime, posto que caso o fato não seja típico, não seja ilícito ou não seja o agente culpável, a conclusão será a mesma, qual seja, a impossibilidade de se aplicar pena ao agente.

A concepção tripartida é majoritária na doutrina brasileira e encontra adeptos divididos entre os que adotam a teoria finalista da ação e a teoria causalista da ação⁴².

Todavia, ainda se pode falar em uma outra concepção, tetra partida, esta defendida por Claus Roxin⁴³. Para essa vertente, a responsabilidade do autor do fato punível é inserida como um elemento do conceito analítico de crime.

O doutrinador alemão adota o funcionalismo teleológico como premissa científica para a sua teoria do delito, conhecida como teoria da imputação objetiva. E, a partir daí, acaba por ampliar a culpabilidade à categoria da responsabilidade. Nesta, os elementos que seriam analisados somente no momento de aplicação da pena são valorados antecipadamente, verificando, na análise do crime, se o indivíduo merece ser realmente punido pelo fato antijurídico que praticou.

Por fim, constata-se da análise deste tópico que existem diversos conceitos para definir o crime e seus elementos estruturantes e, a despeito da teoria de Claus Roxin⁴⁴ encontrar adeptos na doutrina brasileira, a maioria dos autores nacionais ainda adotam, para explicar o fato criminoso, a teoria finalista da ação, em sua concepção analítica tripartida.

De todo modo, se existem diferentes conceitos e critérios para explicar o crime, mais diversas são as classificações criadas para dividi-los ou enquadrá-los. No próximo tópico, será abordada a classificação dos crimes quanto à ação, que interessa a este trabalho, pois nela se enquadram os crimes permanentes.

dos Tribunais, 2011, p. 344.

42 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 121.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 352.

44 Ibid, p. 353.

Classificação dos crimes quanto à ação e o crime permanente

A classificação doutrinária dos crimes é extensa, sendo os delitos classificados por diversos critérios. Todavia, por ser importante para a sua compreensão, esta pesquisa cuidará apenas da classificação dos crimes quanto à ação, e, neste aspecto, a doutrina costuma dividir os crimes em instantâneos, permanentes e instantâneos com efeitos permanentes.

Os crimes instantâneos são aqueles que, uma vez consumados, estariam encerrados, ou seja, ocorrendo o resultado, sua prática estaria esgotada. Para Júlio Fabbrini Mirabete “é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga. Isso não quer dizer que a ação seja rápida, mas que a consumação ocorre em determinado momento e não mais prossegue”⁴⁵. Damásio de Jesus, no mesmo sentido, define o crime instantâneo como aquele que se completa num determinado instante, sem continuidade temporal.⁴⁶ É a mesma definição que dá Fernando Capez, que afirma que o crime instantâneo “consoma-se em um dado instante, sem continuidade no tempo”⁴⁷.

Dessa forma, conclui-se que este tipo de crime se caracteriza pelo fato de que “uma vez realizados os seus elementos nada mais se poderá fazer para impedir a sua ocorrência”⁴⁸.

Os crimes permanentes, por sua vez, são aqueles cujo momento consumativo se protraí no tempo. É o que afirma Júlio Fabbrini Mirabete quando diz que ele “existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo”⁴⁹. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bittencourt afirma que “permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser”⁵⁰. Divergindo apenas pontualmente, Guilherme de Souza Nucci afirma que os delitos permanentes seriam “aqueles que se consomem com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente”⁵¹. A característica principal deste tipo de crime, portanto, reside no fato de que a cessação

45 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992, p. 123.

46 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233-234.

47 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 264-265.

48 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, ps. 253-254.

49 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992, p. 123.

50 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, ps. 253-254.

51 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 130.

do delito está vinculada à vontade do agente, do autor do fato, que determina enquanto irá durar o próprio delito, ou, na visão já citada de Guilherme de Souza Nucci, enquanto durará o estado de antijuridicidade produzido com a sua conduta. Este doutrinador ainda aponta que os delitos permanentes, em regra, realizam-se em duas fases, uma comissiva e uma omissa, esta última marcada pela manutenção da situação antijurídica⁵².

Há, ainda, os crimes instantâneos de efeitos permanentes, sendo que estes “ocorrem quando, consumada a infração em dado momento, os efeitos permanecem, independentemente da vontade do sujeito ativo”⁵³. Uma das diferenças entre o crime permanente e o crime instantâneo de efeitos permanentes está na importância da vontade do agente. Enquanto no primeiro ela é determinante para que crime se encerre, neste, considerando que são apenas as consequências do delito que perduram no tempo, pouco importa a vontade do sujeito ativo. É o que indica Damásio de Jesus, “são os crimes em que a permanência dos efeitos não depende do agente. São crimes instantâneos que se caracterizam pela índole duradoura de suas consequências”⁵⁴.

Uma importância prática da classificação dos delitos quanto à ação diz respeito a possibilidade de prisão em flagrante nos casos de crimes permanentes. Isso ocorre porque, no caso do delito permanente, mesmo após sua consumação, ou seja, depois do sujeito ativo ter realizado os elementos constitutivos do tipo, a conduta do agente continua, se prolongando no tempo. Dessa forma, o bem jurídico protegido é continuamente lesionado até que a vontade do autor, ou algum fator externo, determine a cessação da conduta criminosa. Nessas hipóteses, enquanto durar a permanência, o autor do delito pode ser preso em flagrante. É o que ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “Enquanto não cessa a permanência, a prisão em flagrante poderá ser realizada a qualquer tempo (art. 303, CPP), mesmo que para tanto seja necessário o ingresso domiciliar”⁵⁵.

Neste sentido também está a norma constitucional do art. 5º, inciso XI, que autoriza o ingresso em domicílio alheio, sem consentimento do morador, durante vigência do estado de flagrância. Como a consumação nos casos dos crimes permanentes se protraí no tempo, o flagrante delito é mantido, permitindo-se o ingresso ostensivo no domicílio.

⁵² *Ibid.*, p. 130.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992, p. 123.

⁵⁴ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233-234.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6 ed. Salvador: Juspodium. 2011, p. 538.

Contudo, é importante destacar que não estando configurado o flagrante delito, que deve ser visualizado antes da entrada no domicílio, esta ação se torna ilegal e pode configurar a prática do crime de violação de domicílio, que será tratado a seguir.

O crime de violação de domicílio

O crime de violação de domicílio está previsto no ordenamento jurídico pátrio desde o Código Penal de 1830. A norma legal da época preconizava, segundo lição do ilustre Nelson Hungria, que:

Para existência do crime, bastava que o ingresso se fizesse *invito domino* e *non jure*, ainda que sem emprego de violência física ou moral. Era fato classificado entre os crimes que atentam “contra segurança individual”, e distinguia-se, para diverso tratamento penal, entre o crime praticado *à noite* e o crime praticado *de dia*.⁵⁶

Hoje, o crime está previsto no art. 150 do Código Penal. O *caput* desse artigo dispõe que é crime “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade tácita ou expressa de quem tem direito, em casa alheia ou em suas dependências”. Cumpre ressaltar que constitui fato típico, além do ingresso clandestino ou astucioso, aquele que se dá pela força ou ostensivamente, posto que ocorre contra a vontade de quem tem direito. E é nesse particular que muitas vezes se insere o ingresso efetuado pelos agentes policiais, como já foi comentado neste trabalho.

O crime de violação de domicílio está inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, o que revela o objeto jurídico do delito, que não é de forma alguma o patrimônio, mas a liberdade individual doméstica, protegendo-se, assim, a tranquilidade do indivíduo no seu domicílio, onde desenvolve a sua vida privada e intimidade. A violação do domicílio ofende a liberdade do indivíduo de estar imune à perturbações no âmbito de sua casa, onde exerce de maneira mais plena a sua intimidade. É o que ensina Magalhães Noronha:

Não se trata, pois, como querem alguns autores, de proteção ao patrimônio, defendendo-se a posse ou a propriedade, à segurança pessoal ou à ordem pública. Quanto àquele critério, é manifesto que aqui não se protege a casa, isto é, a coisa, que é tutelada como tal no setor dos delitos patrimoniais. Relativamente aos bens jurídicos, pode se dizer que todo crime atenta a eles, ao passo que a preocupação da lei agora é preservar o indivíduo contra a ação que molesta na sua liberdade privada ou doméstica.⁵⁷

⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 201.

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: volume 2*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175.

Para Nelson Hungria, com “a incursão do domicílio alheio, é lesado o interesse da tranquilidade e segurança da vítima íntima ou privada do indivíduo, ou seja, das condições indeclináveis à livre expansão da personalidade humana”⁵⁸.

Assim, o próprio Código Penal reforça a proteção constitucional que se confere ao domicílio, tipificando a conduta que atenta contra a inviolabilidade da casa. Cumpre ressaltar que o conceito de domicílio disposto na norma penal é o mesmo conceito tratado pela norma constitucional, que já foi exposto no capítulo anterior, afinal, “o direito penal, aqui, é sancionador do direito constitucional, e não do direito privado”⁵⁹.

Destrinchando o artigo 150 do Código Penal, verifica-se que ele traz duas expressões: “entrar” e “permanecer”, o que indica se tratar de um delito de ação múltipla, posto que entrar pressupõe uma condutiva ativa de quem entra em casa alheia, enquanto permanecer seria uma conduta omissiva, de quem já entrou e continua no determinado local. A este respeito, o ensinamento de Cezar Roberto Bittencourt:

A permanência pressupõe a *entrada lícita*, incriminando-se a recusa em sair: o sujeito ativo entra licitamente nesse caso, mas insiste em ficar contra a vontade de quem de direito. Nada impede, porém, que o sujeito ativo entre astuciosa ou clandestinamente, isto é, de forma ilícita, e, descoberto (o crime já consumado na modalidade entrar), recuse-se a sair, contrariando a vontade e determinação de quem de direito.⁶⁰

De qualquer sorte, por ser um crime de ação múltipla, aquele que entra e sai ou que entra e permanece pratica um único crime de violação de domicílio.

Indica o dispositivo legal que o ingresso pode se dar maneira clandestina, astuciosa ou mesmo ostensiva, como já explicado. No primeiro caso, a entrada ocorre às escondidas, sem a percepção do morador da casa. Já a maneira astuciosa trata da utilização de ardil ou fraude para o ingresso. Finalmente, a entrada ostensiva é aquela que se dá contra a vontade de quem tem direito. É nesta última hipótese que se encaixa a entrada forçada perpetrada por policiais, durante a persecução criminal, sem que haja previsão legal que autorize tal ação.

A norma também prevê que a entrada deve ocorrer contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, sobre o assunto, Nelson Hungria ensina que:

⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 203

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 202.

⁶⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 609.

É ao morador, seja a que título for (proprietário, locatário, arrendatário, possuidor legítimo, usufrutuário, hóspede, etc.), que cabe a faculdade de excluir ou admitir os *extranei*. O *jus prohibendi* pode ser exercido pelo ocupante *more domestico* até mesmo contra o proprietário ou sublocador, pois só ele é a pessoa que a lei indicar com a expressão quem de direito⁶¹.

Ainda sobre este aspecto, Rogério Greco⁶² explica que existem dois regimes: de subordinação e de igualdade. No primeiro caso, há hierarquia entre os moradores e cabe aos que ocupam posição superior, a exemplo dos pais ante aos filhos, permitir o acesso ao domicílio. No regime de igualdade, por sua vez, todos possuem o direito de permitir, ou não, a entrada, devendo prevalecer a vontade da maioria, quando existir divergência de opiniões e a vontade negativa, em caso de empate.

Outrossim, trata-se de crime essencialmente doloso, marcado pela vontade livre e consciente de entrar ou permanecer no domicílio contra a vontade do proprietário. Para tanto, é necessário também que o agente tenha consciência de que está realizando um ato contrário a vontade do titular do direito. É o que ensina Celso Delmanto:

O Tipo subjetivo deste crime é o dolo (vontade livre e consciente de permanecer sem o consentimento). Portanto o agente deve saber que há vontade contrária ao seu comportamento; este dado serve para resolver questões acerca da validade do consentimento do morador outro que não o titular ou chefe da casa. Para a maioria dos autores essa escola é o dolo específico, em que não há a forma culposa.⁶³

Qualquer um pode ser sujeito ativo desse crime, que é de mera conduta e se consuma com a entrada ou permanência, sendo crime instantâneo no primeiro caso e permanente no segundo. Acerca da tentativa, é admissível na modalidade entrada, embora exista divergência doutrinária quanto a sua possibilidade na modalidade permanência.

O parágrafo primeiro do art. 150 traz as hipóteses qualificadas do crime de violação de domicílio, contudo interessa mais a esta pesquisa a causa de aumento de pena prevista no parágrafo segundo do referido artigo.

O domicílio, como já se sabe, é protegido também de invasões perpetradas por funcionários públicos, no exercício de suas funções, sendo importante salientar que o parágrafo segundo do art. 150 do Código Penal prevê o aumento da pena em 1/3 (um terço) quando o fato é cometido por funcionário público “fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso de poder”. Em outras

⁶¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 213.

⁶² GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 408.

⁶³ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 437.

palavras, o ingresso em domicílio alheio, contra a vontade do proprietário, possui um juízo de reprovação maior quando praticado por funcionário público, o que indica o desvalor da conduta. Destaca-se, contudo, que muitos doutrinadores entendem que este parágrafo não é mais aplicado, pois, quando há violação de domicílio cometida por funcionário público, aplicara-se o disposto na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/65), em homenagem ao princípio da especialidade.

De outro vértice, a atuação policial quando do cumprimento de um mandado judicial, durante o dia, ou em casos de flagrante, está resguardada de ilicitudes quando se dá dentro das hipóteses legais. O próprio parágrafo terceiro do artigo 150 prevê algumas exclusões de antijuridicidade, advindas da previsão constitucional do art. 5º, inciso XI. Cabe aos agentes policiais compreender os limites legais, sobretudo porque não podem afirmar que desconhecem a lei e atuar fora das hipóteses autorizadas, excedendo os limites conferidos ao exercício de sua função. Neste sentido, Rogério Greco preceitua que “não somente o ato praticado pelo funcionário público deve ser previsto em lei, como também a forma como deve ser levado a efeito. As formalidades constituem uma exigência de segurança contra possíveis abusos [...]”⁶⁴.

Cumprido destacar que a lei penal permite a entrada no domicílio quando algum crime está sendo ali praticado, enquanto a Constituição Federal menciona apenas a situação de flagrante delito, não explicitando se seria flagrante de um crime ou contravenção, razão pela qual alguns doutrinadores entendem que o texto constitucional ampliou as hipóteses de ingresso em domicílio, sem autorização de quem de direito, para casos de crimes e contravenções.

Entretanto, a realidade da atuação policial mostra que a proibição legal não tem se mostrado eficaz diante dos inúmeros abusos cometidos que sequer chegam ao conhecimento do Judiciário, mormente quando se trata de violações de domicílio que culminam em prisões em flagrante. Sobre o assunto, a crítica de Celso Delmanto:

Não poucos, a nosso ver, têm sido os casos de manifesto abuso das autoridades policiais ao violar domicílios (sobretudo os mais humildes), a altas horas da madrugada, impondo constrangimentos absolutamente desnecessários a todos os seus moradores (não só ao eventual delinquente, mas à sua esposa, filhos, etc.), em algumas ocasiões até acompanhadas da imprensa televisiva, alegando, por exemplo, que através de uma denúncia anônima lhes teria sido comunicado que lá se encon-

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6 ed. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 412.

trariam entorpecentes para a prática de tráfico (art. 33 da Lei n° 11. 343/2006) ou armamento de uso proibido ou restrito (art. 16 da Lei n° 10.826/2003), modalidades de crime permanente.⁶⁵

Por estas razões, é importante ressaltar, mais uma vez, que apesar de não configurar violação de domicílio o ingresso em um local onde ocorre situação de flagrante delito, posto que se trata de hipótese constitucionalmente autorizada, existem limites e condições que devem ser obedecidas, sob pena do ingresso configurar a conduta prevista no tipo penal do artigo 150 do Código Penal. O agente policial, no que tange a entrada em domicílio alheio, deve, portanto, agir conforme as permissões legais, dentro dos limites e na mais estrita necessidade, para não correr o risco de se tornar sujeito ativo de um crime.

O capítulo seguinte tratará mais especificadamente do conceito de flagrante, suas modalidades e sobre a prisão em flagrante propriamente dita. Serão também expostos os requisitos que autorizam e sobretudo justificam esse tipo de prisão nos casos da prática de crimes permanentes, que muitas vezes são realizadas através do ingresso forçado e ostensivo em domicílio alheio.

⁶⁵ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 537-538.

PRISÕES

Aspectos gerais das prisões no processo penal

Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua a prisão como “supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; enfim, a privação de liberdade ambulatoria”⁶⁶.

Em que pese a ideia de prisão esteja hoje intimamente ligada ao cumprimento da pena privativa de liberdade, na antiguidade, sua função era cautelar. A este respeito, Aury Lopes Jr. ensina que:

A antiguidade desconhecia a privação de liberdade como sanção penal. O encarceramento existe desde muito tempo, mas não com a natureza de “pena”, senão para outros fins. Até finais do século XVIII, a prisão servia somente com a finalidade de custódia, ou seja, contenção do acusado até a sentença e execução da pena, até porque, nessa época, não existia uma verdadeira pena, pois as sanções se esgotavam com a morte e as penas corporais e infamantes. A prisão tinha, inicialmente, a função de lugar de custódia e tortura.⁶⁷

Foi o Direito Canônico e os Tribunais da Inquisição que transformaram a prisão, antes vista apenas como forma de custódia, em pena, relacionando-a ao castigo final imposto ao delinquente. A este respeito, mais uma lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Na segunda metade do século XVII, inicia na Europa um movimento fundamental para o desenvolvimento da pena privativa de liberdade, com a construção de prisões organizadas para a correção dos apenados através do trabalho e disciplina.⁶⁸

A partir daí, ao lado da prisão cautelar, constituiu-se a prisão como pena, que substituiu em grande parte as penas de morte, tortura, amputações, muito utilizadas nos séculos anteriores.

No ordenamento jurídico pátrio, as prisões foram sendo modificadas ao longo do tempo. Atualmente, a doutrina costuma distinguir apenas três tipos de prisão: a prisão pena, decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; a prisão cautelar da qual são espécies, a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária; e a prisão **extrapenal**. A prisão civil do depositário infiel, antes permitida, é vedada pela Convenção

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 333.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 55.

Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil e, por isso, não possui mais base legal. De igual modo, não se permite a prisão para averiguação, a qual além de inconstitucional, configura abuso de autoridade.

Ademais, a reforma processual penal ocorrida em 2008, com as Leis 11.689, 11.690 e 11.719, alterou alguns dispositivos que tratavam das prisões na legislação brasileira, elaborados em um contexto histórico distinto, que fazia um pré julgamento da culpabilidade, não mais se coadunando com o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição de 1988. Desde então, não existem mais prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória sem que exista fundamentação judicial de natureza cautelar. De igual modo, não se proíbe mais o conhecimento da apelação do réu em fuga, bem como não se autoriza a decretação da preventiva “apenas” até o fim da instrução, sem que haja fundamentação para tanto.

Estas mudanças tentaram adequar o Código de Processo Penal de 1941 às previsões constitucionais, tudo em busca da maior efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, neste ponto ligado ao princípio, igualmente constitucional, da presunção da inocência, posto que a Carta Magna de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Esta reserva de jurisdição é mais uma garantia dos indivíduos em face do Estado, alinhada às exigências de um Estado Democrático de Direito.

Acerca das espécies de prisões existentes no direito brasileiro, já indicadas acima, destaca-se a prisão pena, que nas palavras de Fernando Capez:

É aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.⁶⁹

Entretanto, talvez as prisões mais delicadas sejam as prisões provisórias, anteriores ao trânsito em julgado, posto que fundadas em base cautelar, e que serão adiante objeto de maior análise.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

No que pertence ao tema, Eugênio Pacelli de Oliveira descreve que a prisão é “cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, no acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública”⁷⁰. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. indica que “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”⁷¹.

São espécies das prisões provisórias a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária. Todas elas obedecem aos princípios da necessidade e proporcionalidade, além de outros, sobretudo porque são estes que permitem a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com o princípio basilar da presunção de inocência⁷².

Aury Lopes Jr. elenca diversos princípios que devem guiar as prisões cautelares, são eles a: jurisdicionalidade, motivação, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade⁷³. O objetivo desses princípios é conferir fundamentos e formas para que seja possível a manutenção de uma prisão antes mesmo do julgamento definitivo.

Ajurisdicionalidade e motivação se consubstanciam na ordem judicial fundamentada exigida para as prisões, à exceção dos casos de prisão em flagrante, quando a medida é apreciada pela autoridade judicial em momento posterior.

Sobre a provisionalidade e provisoriedade, em que pese, à primeira vista, pareçam sinônimos, tratam de duas situações distintas. Enquanto a primeira indica que as prisões cautelares devem tutelar uma situação fática, a segunda se relaciona a temporariedade da prisão, que deve ter curta duração, embora não exista norma legal que regule tal situação.

O princípio da excepcionalidade, por sua vez, consagra o previsto no art. 282, parágrafo sexto do Código de Processo Penal, segundo o qual a prisão preventiva só cabe quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar. Mais uma vez, a lição de Aury Lopes Jr.:

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 503.

⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 786.

⁷² *Ibid.*, p. 791.

⁷³ *Ibid.*, p. 791-804.

os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”⁷⁴.

A proporcionalidade seria o princípio fundamental das prisões cautelares, empregado para compatibilizar a presunção de inocência e com os fins do processo. Destaca-se a função da prisão processual, em vista o resultado final do processo. Por estas razões, admite-se o princípio da proporcionalidade como aquele que norteia a conduta do magistrado, que deve ponderar a gravidade da medida com o fim processual almejado.

A respeito da proporcionalidade, se extrai a passagem abaixo:

[...] a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida da sua legitimação, a sua *ratio essendi*.⁷⁵

Ademais, assevera-se que são requisitos das prisões cautelares a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*. O primeiro se configura na probabilidade de existência de um fato punível, ou seja, na prova da existência do crime (materialidade) e nos indícios suficientes de autoria. Por outro lado, o segundo traduz a situação de “perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social”⁷⁶.

Por fim, destaca-se a importante lição que José Frederico Marques traz acerca das prisões:

Em se tratando de prisão *ad custodiam*, tanto como na prisão *as poenam*, vigora o postulado de que não há prisão *sine iudicio*. Somente a prisão em flagrante dispensa o controle jurisdicional prévio. Nos demais casos de prisão penal (a cautelar ou a retributiva), é indeclinável o *iudicium* prévio do magistrado. E, na prisão em flagrante, como a Constituição tutela de forma direta e mediante a liberdade de locomoção, impedindo que sofra restrições ilegais ou abusivas [...] imperativo se faz que a captura e detenção do paciente se realizem segundo os estritos preceitos e mandamentos legais, pois, do contrário, pode o ato coativo ser anulado ou revogado [...].⁷⁷

A prisão em flagrante, que não se submete à prévia reserva de jurisdição, será abordada no próximo tópico. Trata-se da espécie de prisão provisória que gera maiores discussões quanto a forma de seus atos e sua legalidade, sobretudo por conta do controle

⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 800.

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 505.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 1 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 39-40.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997, p. 45.

judicial incidir somente em momento posterior ao ato de constrição da liberdade, o que “acentua o caráter precário e condicional da detenção, sujeitos à condição resolutiva de homologação judicial”⁷⁸.

A prisão em flagrante

O termo “flagrante” vem do latim *flagrare*, que significa queimar. A situação de flagrância, portanto, se relaciona a ideia de algo que está queimando, ardendo em chamas naquele momento. Na lição de Francesco Carnelutti, “a flagrância não é outra coisa que a visibilidade do delito”⁷⁹. O flagrante é, portanto, a certeza visual do crime, uma situação percebida enquanto ocorre. E é justamente por tratar do crime enquanto ainda acontece que se autoriza o ato de constrição da liberdade, com o claro objetivo de impedir a continuação da prática delitiva.

Neste ponto, difere-se o flagrante, também chamado de estado de flagrância, da prisão em flagrante em si, posto que, enquanto o primeiro trata da situação fática, o segundo é o ato de prisão, de captura. Considerando que o flagrante, situação fática, confere indícios suficientes de autoria e materialidade, permite-se a prisão, baseada fundamentalmente na certeza visual e atual do crime. A este respeito, Fernando da Costa Tourinho Filho:

Se, na flagrância, há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, prova da infração, seja a *parte objecti*, seja a *parte subjecti*.⁸⁰

Neste sentido, também a lição de Paulo Rangel:

A prisão em flagrante exige, para a sua configuração, dois elementos imprescindíveis: a atualidade e visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica.⁸¹

Ademais, considerando que nessas situações o crime é manifesto, permite-se inclusive que qualquer do povo efetue tal tipo de prisão. Como explica Júlio Fabbrini Mirabete “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável que permite a prisão do seu

⁷⁸ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia apud MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 134.

⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco apud LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 804.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 379.

⁸¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 761.

autor, sem mandado, por ser considerado ‘a certeza visual do crime’⁸².

Conforme já exposto anteriormente, as prisões provisórias, as quais não são decorrentes de sentenças condenatórias, também precisam de fundamentação, apta a demonstrar a necessidade acautelatória da medida. Somente as prisões em flagrante, por conta de sua própria natureza, vinculada a urgência e a necessidade de frear a prática atual de um crime, não necessitam de prévia ordem escrita e fundamentada. Contudo, mesmo nesses casos, o auto de prisão em flagrante deve ser submetido posteriormente ao controle da autoridade judicial, no prazo legal de 24 horas. Nesse sentido, a lição de Andrey Borges de Mendonça:

Por se tratar de prisão que não depende de ordem judicial, pode-se dizer que possui natureza administrativa. Porém, justamente em razão da ausência de controle judicial prévio, a Constituinte e o legislador estabeleceram um rígido controle a *posteriori* do ato de prisão, a começar pela própria autoridade policial, que pode entender que não é o caso de prisão em flagrante, passando pela necessidade de comunicação da prisão a diversos órgãos encarregados de zelar pela legalidade do ato.⁸³

A prisão em flagrante é classificada pela doutrina majoritária como uma medida cautelar pessoal de natureza instrumental, uma vez que visa os resultados finais do processo, sendo esta a razão de sua existência. Há quem indique, contudo, que a prisão em flagrante seria uma medida precautelar, isso porque, em verdade, ela não garantiria o resultado final do processo em si. De fato, para esses doutrinadores, ainda que ela possua um caráter autônomo e instrumental, estas características se referem ao resultado de uma eventual decretação de uma prisão preventiva. É o que ensina Aury Lopes Jr.:

A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida precautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade [...] A instrumentalidade manifesta-se no fato de o flagrante ser um *strumenti dello strumento* – a prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera prisão preventiva ou nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante.⁸⁴

Para os que seguem esta vertente, a prisão em flagrante também seria extremamente precária e justificada apenas por sua brevidade e urgência. Depois de efetuada, precisaria ser submetida à análise do Judiciário para, se for o caso, ser fundamentadamente convertida em prisão preventiva, essa sim, de natureza acautelatória.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 383.

⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 134.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 805-806.

De um modo ou de outro, a prisão em flagrante tem a função precípua de evitar, ou reduzir os efeitos, da prática delitiva. Ela pode, em alguns casos, impedir a própria consumação ou exaurimento de um crime. Por estas razões a lei ordena que a autoridade policial prenda em flagrante aquele que pratica um delito, bem como confere a possibilidade de qualquer pessoa do povo fazê-lo, nessas situações. É o que ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Não é por outra razão que o Código de Processo Penal autoriza qualquer pessoa do povo a realizar a prisão em flagrante. E não é só: também não é por outra razão que a Constituição Federal autoriza a violação de domicílio, sem mandado judicial e mesmo à noite, quando presente a situação de flagrante delito.⁸⁵

Depois de efetuada a prisão em flagrante, segue-se uma série de procedimentos legais que, se descumpridos, invalidam a própria prisão. Tal fato se deve não só a precariedade da prisão, mas principalmente por esta ser realizada fora da reserva de jurisdição. Por esta razão, o preso deve ser imediatamente apresentado à autoridade policial, que lavrará o auto de prisão em flagrante, e a prisão comunicada ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, nos termos do art. 304 e seguintes do Código de Processo Penal. Após finalizar o auto de prisão, a autoridade policial deve remetê-lo ao juiz, tudo isso dentro do prazo de 24 horas. Nesse mesmo prazo, caso o autuado não indique nome de seu advogado, deve ser remetida cópia do auto à Defensoria Pública.

O artigo 304 do Código de Processo Penal dispõe como a autoridade policial deve proceder ao receber o preso em flagrante delito. Inicialmente, deve ouvir o condutor e as testemunhas. Não sendo possível ouvir as testemunhas que presenciaram o fato, devem subscrever o auto de prisão pelo menos duas testemunhas de apresentação, ou seja, que presenciaram o preso ser apresentado a autoridade. Em seguida, o preso deve ser ouvido e seu interrogatório reduzido a termo, sendo por ele assinado. Caso o flagranteado se recuse ou esteja impossibilitado de fazê-lo, duas testemunhas que tenham ouvido sua leitura perante o preso devem assinar. Por fim, deve ser entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, que deve conter o motivo da sua prisão, o nome do condutor e das testemunhas. Finalizado o auto, este deve ser remetido ao juiz competente.

Ressalte-se que a própria Constituição Federal prevê no seu artigo 5, incisos LXI a LXVI, garantias que buscam resguardar o indivíduo preso de possíveis arbitrariedades. Além

85 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 521.

disso, o artigo 306 do Código de Processo Penal também prevê garantias ao imputado ao dispor que sua prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz, ao Ministério Público e a sua família, ou pessoa por ele mesmo indicada, assim que efetuada a prisão. Destaque-se, mais uma vez, que desrespeitadas essas normas, a prisão se torna ilegal e deve, portanto, ser relaxada, nos termos do artigo 5º, inciso LXV, da Carta da República.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deve analisar o cumprimento dos requisitos formais tanto da prisão, quanto da elaboração do próprio auto, para decidir se o homologa o flagrante ou se relaxa a prisão ilegal. Em seguida, considerando que ninguém pode ser mantido preso em flagrante por um período superior a 24 horas, deve analisar se é caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, de decretação da prisão preventiva, caso haja requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, ou de aplicação de alguma medida cautelar diversa da prisão, tudo nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Qualquer decisão tomada neste ponto deve ser fundamentada, também sob pena de ilegalidade, principalmente se a prisão em flagrante for convertida em preventiva. Nesta hipótese, o juiz precisa demonstrar a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*, bem como indicar porque é insuficiente a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, posto que esta última tem caráter excepcional e não deve ser objeto de mau uso pelas autoridades.

A respeito dos requisitos, Aury Lopes Jr. assevera que, sendo o flagrante a própria visibilidade do delito, a configuração do *fumus commissi delicti* não traz maiores problemas. Questão mais complicada diz respeito à existência e fundamentação do *periculum in libertatis*, posto que:

[...] não bastam presunções ou ilações para a decretação da preventiva. O perigo causado pelo estado de liberdade do acusado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida [...] mesmo que se tenha uma situação de perigo a ser cautelarmente tutelado, é imprescindível que o juiz o analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, anteriormente explicados, se não existe medida cautelar diversa, que aplicada de forma isolada ou cumulativa, se revele adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo.⁸⁶

Seja a prisão em flagrante convertida em preventiva ou não, importante é que aquela seja apreciada pela autoridade judicial no prazo legal e que qualquer decisão tomada a

⁸⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 824.

partir daí seja fundamentada. Registre-se, por fim, que a manutenção da constrição da liberdade, com a decretação da prisão preventiva, só se justifica dentro de um quadro de extrema necessidade, sobretudo porque tal fato se dá antes mesmo do oferecimento da denúncia e instauração da ação penal.

Espécies de flagrante

Considerando que a prisão em flagrante excepciona a regra que exige ordem judicial escrita e fundamentada para a realização de uma prisão, suas hipóteses devem estar, mais do que nunca, vinculadas às previsões legais. No Código de Processo Penal é o artigo 302 que elenca as possibilidades. Todavia, cumpre ressaltar que, embora a definição de flagrância se relacione a um delito que está ocorrendo naquele momento, a lei traz algumas situações de fato que não denotam o momento de crepitação, mas ainda assim prevê a possibilidade da prisão em flagrante nesses casos. O artigo citado acima traz a seguinte redação:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A situação prevista no inciso I trata do flagrante próprio. É a hipótese mais clássica do flagrante, sendo a melhor representação do que seria algo em “ardência”. Neste caso, o autor do fato é preso enquanto está cometendo o crime, no curso da prática dos elementos do tipo penal. É, portanto, o caso em que há a maior certeza visual do delito, podendo a prisão, inclusive, impedir a sua consumação ou diminuir seus efeitos. É justamente por ser a hipótese que melhor representa o significado do termo “flagrante” que é classificado pela doutrina como “próprio”.

O inciso II abarca a situação em que o sujeito ativo acabou de cometer o delito. Nesse caso, pode não existir mais a ardência que representa a situação do inciso I, mas o agente é surpreendido logo após cessar a conduta criminosa. Por não existir lapso temporal entre o crime e a prisão, esse tipo de flagrante também é classificado doutrinariamente

como flagrante próprio. Destaca-se que a diferença principal entre os dois primeiros incisos reside no fato de que, no primeiro caso, o agente é surpreendido enquanto pratica a ação criminosa, durante a sua execução, e no segundo caso, por sua vez, ele já realizou a conduta delitiva, que cessa no exato momento que antecede a possível prisão.

De outro vértice, as figuras descritas nos incisos III e IV indicam situações que não demonstram propriamente a visibilidade do delito, ou seja, a “ardência” que representa a situação de flagrância. Por essas razões, são chamadas de flagrantes impróprios, ou mesmo quase-flagrante, sobretudo porque nessas hipóteses, o sujeito ativo do crime não se encontra, em termos de lapso temporal, no momento da realização da conduta delitiva.

O inciso III do Código de Processo Penal autoriza o flagrante quando o agente “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Essa hipótese, para ser configurada, exige uma perseguição imediata e uma situação que faça presumir a autoria.

Acerca da perseguição, esclarece a doutrina que ela deve ser iniciada logo após a prática do crime. Em que pese a lei não defina esse elemento temporal, entende-se que a perseguição deve ser iniciada o mais rapidamente possível. Como ensina Aury Lopes Jr. “[...] a “perseguição”, na dimensão processual, somente é considerada quando há o contato visual inicial, ou, ao menos, uma proximidade tal que permita à autoridade ir ao encalço do agente”⁸⁷.

Por outro lado, ainda que a perseguição tenha que se iniciar logo após o cometimento do fato, ela pode perdurar por horas, desde que seja contínua, pois o artigo 290 do Código de Processo Penal determina que seja ininterrupta. Ademais, o inciso III ainda exige que, ao final da perseguição, o agente seja preso em situação que faça presumir a autoria do delito.

A última hipótese, trazida pelo inciso IV, pode ser chamada de flagrante presumido e é a situação mais frágil das previstas na legislação. Para ser configurada, é preciso que o agente seja encontrado logo depois da prática da conduta criminosa, ainda de posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir a autoria delitiva.

Aury Lopes Jr. explica que para ser configurada e legitimada a situação de flagrância, nestes casos, é indispensável que exista anterior procura, senão perseguição ao autor do

87 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 810.

delito, não podendo em hipótese alguma o encontro dele ser fortuito:

Fazendo uma interpretação sistemática em relação aos incisos anteriores, pode-se afirmar que esse “encontrado” deve ser causal e não casual. É o encontrar de quem procurou, perseguiu e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente. Não se trata de um simples encontrar sem qualquer vinculação previamente estabelecida em relação ao delito.⁸⁸

Acerca do requisito temporal, parte da doutrina distingue as expressões “logo após” e “logo depois”, previstas nos incisos III e IV, respectivamente. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a situação prevista no inciso IV permite um período mais elástico, um lapso temporal mais dilatado para o encontro do agente após a prática do crime.⁸⁹

A despeito das críticas, em qualquer das hipóteses previstas no artigo 302, configurados os requisitos exigidos para cada situação, será autorizado o flagrante. Em caso contrário, trata-se de prisão ilegal, da qual cabe relaxamento, nos termos do artigo 310, inciso I do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LXV, da Carta da República.

Existem outras hipóteses de flagrante, algumas ilegais, que merecem ser explicadas nesta pesquisa. São elas os flagrantes: forjado, provocado, esperado e protelado (diferido).

O flagrante forjado é aquele armado, fabrica-se uma situação falsa no intuito de ocasionar uma prisão, sendo uma modalidade ilegal de flagrante. Nestes casos:

Não existe qualquer situação de flagrante nem a prática de qualquer infração, ao menos no momento em que se pretende vê-lo realizado. Ocorre, em regra, diante de suposta criminalidade habitual, quando os agentes policiais plantam, isto é, forjam, a prova de um crime atual para incriminar determinada pessoa.⁹⁰

Diverso do primeiro, o flagrante provocado é fruto de uma indução elaborada para que o agente cometa o delito e seja preso. É igualmente ilegal, posto que um terceiro se utiliza de uma armadilha, intervindo e estimulando a prática da ação criminosa. Essa preparação, inclusive, determina a impossibilidade de êxito do delito praticado pelo sujeito ativo, tratando-se, portanto, um crime impossível. É o que dispõe a Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A este respeito, o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 811.

⁸⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6 ed. Salvador: Juspodium. 2011, p. 532.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519.

Para o Supremo, havendo a preparação do flagrante, e a conseqüente realização da prisão, existiria crime só na aparência, pois, como não poderá haver consumação, já que esta é obstada pela realização da prisão, estaríamos diante de um verdadeiro crime impossível, de sorte que não só a prisão é ilegal, mas também não há de se falar em responsabilidade penal pela conduta daquele que foi instigado a atuar como verdadeiro objeto de manobra pelo agente provocador.⁹¹

Há, ainda, o chamado flagrante esperado, que não está previsto na legislação, mas geralmente ocorre na forma do flagrante próprio, sendo utilizada a denominação “esperado” para justificar o aguardo na ação policial. É geralmente o caso em que a polícia obtém alguma informação e tem ciência de que a infração ocorrerá. Por esta razão, os policiais colocam-se em campana e aguardam até que se iniciem os atos executórios para realizar a prisão.

Para Aury Lopes Jr., a análise do flagrante esperado deve ser meticulosa, mas na maioria dos casos trata-se de um flagrante legal, não havendo que se falar em ineficácia do meio empregado ou absoluta impropriedade do objeto para culminar em uma hipótese de crime impossível⁹². É o que também entende Nestor Távora, para quem tudo depende da motivação do agente. Se esta for externa, dependendo da indução de terceiro, seria a hipótese de um flagrante provocado e ilegal, mas, tratando-se do caso em que a polícia apenas espera a prática de um crime que sabe que vai acontecer, sem intervir, seria o caso do flagrante esperado, eivado de legalidade.

Divergindo desta posição, Eugênio Pacelli de Oliveira traça um paralelo entre o flagrante esperado e o provocado, afirmando que “ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto”⁹³. Para o doutrinador, portanto, seria possível impedir a consumação do crime em ambos os casos, não havendo razão, para que um desses flagrantes seja legal e o outro ilegal.

Por fim, pode-se falar do flagrante protelado ou diferido, previsto na Lei 12.850/13, a nova Lei de Organização Criminosa. Esta hipótese trata das situações em que se autoriza que a prisão em flagrante seja protelada para outro momento, retardando atuação policial. Excepciona-se os artigos 301 e 302, inciso I do Código de Processo Penal para que a prisão seja feita em um momento posterior mais oportuno, mesmo que naquele exato momento

91 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6 ed. Salvador: Juspodium. 2011, p. 534.

92 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 816.

93 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517.

o agente não esteja cometendo um delito. A polícia é, portanto, autorizada a não efetuar o flagrante ainda que presencie um crime para que possa “ter acesso aos demais membros da organização criminosa, bem como apurar a prática de outros delitos”⁹⁴, no intuito de aprimorar as investigações.

A prisão em flagrante nos crimes permanentes

O artigo 303 do Código de Processo Penal prevê que “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Isso ocorre porque, como já explicado em tópico anterior, a consumação desse tipo de crime se protraí no tempo, ou seja, o bem jurídico é continuamente violado até que o agente cesse a conduta delitiva. Nesses casos, como o crime continua em sua “ardência”, fica mantida a situação de flagrância e é perfeitamente possível a realização da prisão em flagrante. A este respeito, explica Magalhães Noronha, “considerando-se, pois, que a permanência se dá com o prolongamento da consumação, por vontade do agente, não temos dúvida de que há flagrância enquanto ela existir”⁹⁵.

O texto constitucional dispõe que, existindo flagrante delito, é permitido o ingresso em domicílio alheio, a qualquer hora do dia, mesmo que não haja consentimento do morador ou autorização judicial. Logo, nos casos da prática de crimes permanentes, enquanto não cessar a permanência, é excepcionado o direito à inviolabilidade de domicílio, ficando autorizada a entrada ostensiva em casa alheia para realização da prisão em flagrante.

Contudo, no tocante a legalidade da violação de domicílio nos casos de flagrante de crimes permanentes, algumas ressalvas importantes merecem ser feitas, sobretudo se levada em consideração a realidade da atividade policial durante a persecução criminal.

Assim, em que pese a prisão em flagrante nos crimes permanentes seja permitida, ainda que para realizá-la seja necessário o ingresso forçado em domicílio alheio, é preciso que sejam estabelecidos limites e requisitos para tal medida, no intuito de se resguardar o núcleo essencial do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 817.

⁹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 161.

Nestas condições, é fundamental que a norma constitucional que excepciona o direito fundamental seja correta e restritamente interpretada pois, caso contrário, se esvaziaria o direito, desconsiderando-se, dessa maneira, todo o programa normativo que a Constituição Federal propõe, que visa a proteção do indivíduo⁹⁶. Nesse diapasão, a despeito da própria Carta Magna autorizar excepcionalmente a violação do domicílio nos casos de flagrante delito, tal permissão deve ser compreendida com cautela.

De início, cumpre destacar que, apesar de uma parcela da doutrina alegar que somente na ocorrência de flagrante próprio é que se poderia adentrar o domicílio sem mandado judicial, a doutrina majoritária entende ser cabível a prisão em qualquer hipótese de flagrante, como ensina Fernando Costa Tourinho Filho:

Se o conceito de flagrância nos é dado pelo art. 302 do CPP, compreendendo o flagrante próprio, o impróprio e o presumido, e como a Constituição, tivesse ou não vontade o legislador constituinte, permite a entrada à noite no caso de flagrante delito, sem qualquer restrição, é sinal de que fez uso daquela expressão com o sentido que lhe empresta o estatuto processual penal. Assim, chegamos à conclusão de que em todo e qualquer caso de flagrância, será possível a entrada, à noite, no domicílio.⁹⁷

Alexandre Morais da Rosa, contudo, critica “o mantra jurisdicional de que em se tratando de crime permanente é desnecessário mandado para entrar na casa do suspeito”⁹⁸. Para o doutrinador, “[...] a permanência deve ser anterior a violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada”⁹⁹.

O cerne da discussão está, portanto, na possibilidade de violação do domicílio para efetuar prisão em flagrante em razão da prática de um crime permanente. Não há dúvidas que tal medida é autorizada. Contudo, é demasiadamente simplista a mera afirmação de que se tratando de crime permanente, dispensa-se ordem judicial para ingressar em domicílio alheio, pois acaba sendo utilizada para legitimar flagrantes propriamente ilegais.

A questão gira em torno da situação de flagrância, que precisa ser visualizada antes da ação policial para, somente assim, justificar a entrada no domicílio sem o consentimento do morador. A suspeita precisa ser fundada, caso contrário, a medida será abusiva, excedendo os limites impostos pela Constituição.

96 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 394-404.

97 TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de Processo Penal Comentado* 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.689.

98 ROSA, Alexandre Morais da. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes.. Consultor Jurídico*, 01 de ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

99 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 124.

Neste ponto, destaca-se que tudo depende da situação fática apresentada, sobretudo se levado em consideração o conceito do flagrante, que se relaciona a ideia de visibilidade do delito. Existindo evidências da prática de um crime permanente que sejam suficientes, legítimas e, principalmente, anteriores ao ingresso, a ação policial está eivada de legalidade, ainda que a ocorrência do crime não seja de fato comprovada.

De outro vértice, não se autoriza a restrição de um direito fundamental tal qual a inviolabilidade de domicílio se a situação de flagrante é apenas imaginada, presumida. A mera suspeita não é suficiente para configurar a visibilidade que o estado de flagrância exige. E, não havendo flagrante delito, não se autoriza a entrada em domicílio sem consentimento voluntário do morador, salvo na existência de ordem judicial, ou mesmo nas outras hipóteses excepcionais previstas na Constituição, sobretudo porque a intenção primordial dessa exceção é evitar que o crime se consuma, o que sequer poderia ocorrer se não há um crime sendo praticado naquele exato momento.

É importante lembrar que o agente estatal não pode alegar que desconhece a lei e, portanto, sabe que não pode entrar ostensivamente em domicílio alheio, salvo nas hipóteses excepcionais legalmente previstas. Mesmo assim, é prática rotineira a abordagem dentro das casas de pessoas de classes sociais menos favorecidas sem mandado judicial, sob alegação de suspeita da prática de crime. Essas condutas abusivas comprometem não só a legalidade do flagrante, mas toda prova a partir daí produzida. A materialidade resta contaminada e as provas colhidas tornam-se imprestáveis ao processo. Mais uma vez, a lição de Alexandre Morais da Rosa:

O crime acontece no espaço e no tempo. Se no tempo em que houve a entrada na casa não havia crime visualizado, por dedução lógica, foi irregular. E, se foi irregular, o que apreendeu, também o é (CF, artigo 5º, e CPP, artigo 157). Dito de outro modo: se antes de se entrar na casa (asilo inviolável) o flagrante estava posto (manifesto), desnecessária a discussão da legalidade do crime permanente, enquanto a entrada sem flagrante torna a materialidade maculada.¹⁰⁰

Sendo assim, para que a prisão em flagrante de um crime permanente seja legal, não configurando a ação policial o crime de violação de domicílio, é necessário que exista fundada suspeita da prática de um delito, evidenciada antes mesmo da entrada na residência e amparada por elementos legítimos, quando não expressamente visuais.

100 ROSA, Alexandre Morais da. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Consequentemente, desrespeitadas as exigências de visibilidade e urgência vinculadas ao estado de flagrância, a ação não será protegida pela hipótese constitucional que excepciona o direito fundamental e tanto a prisão quanto as provas colhidas serão ilegais.

Cumprido ressaltar que a eventual descoberta posterior de uma situação de flagrante delito dentro do domicílio não convalida os atos praticados se o ingresso na residência ocorreu ilegalmente, ou seja, sem a verificação “*ex ante*” da situação de flagrante. Neste sentido, toda prova produzida a partir dessa ação seria ilícita, uma vez que já “nascera” contaminada.

Explica-se, não é admissível que se violem direitos fundamentais em nome de um possível resultado. Cabe ao Estado o papel de regular a constante tensão entre a proteção dos direitos individuais e o resguardo da segurança pública. Neste particular, o denominado “interesse público” deve ceder em prol da efetivação dos direitos individuais, sobretudo porque o próprio *ius puniendi* estatal somente se justifica se compreendido como forma de proteção do cidadão de ingerências praticadas por particulares e pelo poder público.

Destaca-se que a matéria discutida nesse tópico foi enfrentada algumas vezes nos últimos anos, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual o presente estudo de faz necessário para análise dos avanços e retrocessos da jurisprudência a respeito do tema.

DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E PRISÃO EM FLAGRANTE

Decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 603.616/RO

O plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu no dia 05 de dezembro de 2015 o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, com repercussão geral reconhecida e, por maioria dos votos, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio Mello, estabeleceu entendimento segundo a qual “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”¹⁰¹.

O julgamento se revestiu de extrema importância, sobretudo porque, por muito tempo, as controvérsias sobre o tema eram decididas conforme a caracterização ou não da prática de crime permanente, posto que, reconhecida a situação de flagrância, autorizava-se a violação do domicílio. Contudo, era necessário que uma decisão fosse além e abordasse aspectos mais profundos acerca do direito à inviolabilidade do domicílio, considerando desde a extensão de tal direito até seu conteúdo essencial e que, a partir daí, estabelecesse a correta interpretação do direito fundamental.

Especificamente, o caso concreto tratou de uma ação penal promovida pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, que culminou na condenação, em primeira instância, de Paulo Roberto Lima e Reinaldo Campanha por infração aos artigos 33, 35 e 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006.

De acordo com as provas contidas nos autos, após uma denúncia anônima,

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

policiais federais passaram a monitorar o caminhão dirigido por Reinaldo Campanha, que era suspeito de transportar drogas juntamente com Paulo Roberto Lima, com quem se encontrava em diferentes locais da cidade de Porto Velho. Consta que, no dia 20 de abril de 2007, Reinaldo deixou a residência de Paulo Roberto dirigindo o referido caminhão e, nessa oportunidade, foi interceptado por policiais quando passou pelo posto da Polícia Rodoviária Federal localizado na BR 364. Na ocasião, foram encontrados na carroceria do caminhão 23,421kg de cocaína.

Indagado pelos policiais, Reinaldo afirmou que o proprietário da transportadora, Paulo Roberto, era o responsável pelo fornecimento da droga e que deveria transportá-la até Goiânia. Em seguida, os policiais deslocaram-se para a residência de Paulo Roberto, onde entraram sem mandado judicial e encontraram dentro de um veículo estacionado na sua garagem mais 8,542 kg de cocaína, embalados exatamente da mesma forma que a droga encontrada no caminhão e, por estas razões, ambos foram presos em flagrante.

Em sede de apelação, a decisão foi reformada para reduzir a condenação, por ter sido afastada a majorante prevista no art. 40, inciso V, referente ao tráfico interestadual de drogas, sendo os denunciados, ainda, absolvidos do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, que imputa o crime de associação para o tráfico.

Inconformado com a decisão, o acusado Paulo Roberto de Lima opôs, por duas vezes, embargos de declaração, alegando que o acórdão foi omisso no tocante a uma das teses defensivas, esta referente a prova obtida por meio ilícito, com violação de norma constitucional. Considerando que os embargos não foram providos, esgotada a instância e prequestionada a matéria, a defesa deste réu interpôs Recurso Extraordinário com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal a matéria constitucional.

Em breve síntese, a defesa do recorrente alegou que as provas constantes nos autos foram obtidas por meios ilícitos, posto que desrespeitada a norma constitucional que garante a inviolabilidade do domicílio. Sustentou que os policiais efetuaram buscas na residência do recorrente, no período noturno, sem mandado judicial e sem que houvesse fundadas razões que justificassem a adoção da medida. Aduziu que a mera alegação de que se tratava de crime permanente, tráfico de drogas, seria insuficiente, posto que esvazia

a garantia constitucional e, conseqüentemente, o procedimento policial adotado no caso concreto não teria legitimidade. Nesse sentido, uma vez que as provas colhidas seriam inadmissíveis ao processo, a defesa pugnou pela sua anulação, com o desentranhamento dos autos, bem como que fosse o processo remetido à instância inferior para prolação de nova decisão.

Reconhecida a repercussão geral e admitido o recurso, as Defensorias Públicas do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro requereram o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, sob o argumento da relevância constitucional da matéria discutida, o que deferido com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999.

O recurso, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi inserido na pauta de julgamento do dia 04 de novembro de 2015 e, após sustentação oral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, como *amicus curiae*, o julgamento foi suspenso, tendo sido retomado no dia 05 de dezembro de 2015. Nessa oportunidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616 e, por maioria, nos termos do voto do relator, negou provimento, estabelecendo a tese já transcrita acima.

Decisão do Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* nº 598.051/SP

Recentemente, em 02 de março de 2021, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 598.051/SP¹⁰², estabeleceu, em síntese, que a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito, em caso de dúvida, incumbe, ao Estado, e deve ser feita por meio de declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso, com indicação de testemunhas.

Ademais, a Corte Superior definiu que a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada a prova enquanto durar o processo, justamente para permitir o controle da prova pela defesa e exercício do contraditório em ação penal.

Esse entendimento marca um avanço no tratamento do tema da inviolabilidade domiciliar, na medida em que atribui expressamente ao Estado – embora não precisasse fazê-lo – a responsabilidade de produzir a prova acerca da existência de eventual consentimento para ingresso em domicílio, costumeiramente alegado após incursões

¹⁰² HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.

policiais em residências.

É importante destacar que as regras da experiência e do senso comum não conferem verossimilhança às alegações que são, muitas vezes, feitas por policiais, quando ouvidos como testemunhas em ações penais deflagradas após prisão em flagrante decorrente de ingresso em domicílio, visto que um indivíduo em situação de flagrante delito dificilmente autorizaria, de forma livre e voluntária, o ingresso em seu próprio domicílio.

Nesse sentido:

[...] 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, **há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.** 7.2. **Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.** Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado [...] 10. **A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.** 11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas [...] (HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021) (grifo nosso).

Decisão do Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* nº HC nº 674.139/SP

O Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, em 15 de fevereiro de 2022, enfrentou novamente o tema, no julgamento do HC nº 674139/SP, oportunidade em que acrescentou ao entendimento anteriormente fixado a conclusão de que a indução do morador a erro na autorização do ingresso em domicílio macula a validade da manifestação de vontade e, por

consequência, contamina toda a busca e apreensão.

Isso porque na maioria dos casos não há verdadeiro consentimento do morador que tem seu domicílio devassado por policiais, mas, possivelmente, coação, ainda que indireta, para que autorizasse a entrada dos agentes públicos, que culminam em busca e apreensões e verificações de situações de flagrante delito desconhecidas anteriormente e sem que presentes fundadas suspeitas.

Nesse sentido, vale transcrever a interessante decisão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. INDUÇÃO A ERRO. VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE EFEITOS AOS CORRÉUS [...] 3. **Apesar da menção a informação anônima repassada pela Central de Operações da Polícia Militar - Copom, não há nenhum registro concreto de prévia investigação para apurar a conformidade da notícia, ou seja, a ocorrência do comércio espúrio na localidade, tampouco a realização de diligências prévias, monitoramento ou campanhas no local para averiguar a veracidade e a plausibilidade das informações recebidas anonimamente e constatar o aventado comércio ilícito de entorpecentes.** Não houve, da mesma forma, menção a qualquer atitude suspeita, exteriorizada em atos concretos, nem movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. 4. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: **a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato.** Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio

alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência [...] 7. Ainda que o acusado haja admitido a abertura do portão do imóvel para os agentes da lei, ressaltou que o fez apenas porque informado sobre a necessidade de perseguirem um suposto criminoso em fuga, e não para que fossem procuradas e apreendidas drogas. Ademais, se, de um lado, deve-se, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que a notoriedade de frequentes eventos de abusos e desvios na condução de diligências policiais permite inferir como pouco crível a versão oficial apresentada no inquérito policial, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota indisfarçável desejo de se criar narrativa que confira plena legalidade à ação estatal. Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos - ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio pro libertas). 8. Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador. Entretanto, não se demonstrou preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo [...] (HC n. 674.139/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 24/2/2022) (grifo nosso).

Aspectos favoráveis das decisões

Não obstante a tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 606.616/RO ter sido criticada por diversos doutrinadores, percebe-se que a decisão proferida abordou de maneira positiva alguns pontos que antes não tinham sequer espaço para questionamento. Os precedentes anteriores da corte constitucional, costumavam se limitar a afirmativa de que, verificada a prática de um crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo e, conseqüentemente, configurado o estado de flagrância, seria permitida a violação do domicílio.

Além do reconhecimento da repercussão geral da matéria, o julgamento do recurso aprofundou a análise jurídica do tema, trazendo para a discussão os limites da norma que prevê à inviolabilidade do domicílio, seu âmbito de proteção, conteúdo essencial e, sobretudo, o questionamento do que seria uma restrição constitucional admissível dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito que respeite e concretize os direitos e garantias fundamentais.

Constata-se, assim, que um dos aspectos positivos da decisão foi partir da premissa

de que a interpretação literal e superficial do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal era insuficiente e fragilizava o núcleo essencial da própria garantia. Por esta razão foi proposta uma tese que pudesse, ao mesmo tempo, fortalecer o direito fundamental, conciliar a sua efetivação com a necessária repressão aos crimes e resguardar, inclusive, os agentes públicos que atuam na persecução criminal. Tentou-se, em suma, sair da lógica do “ou tudo ou nada”, que antes imperava no conteúdo das decisões que abordavam o tema, para buscar uma solução que compatibilizasse os “direitos de liberdade com os interesses da segurança pública”¹⁰³.

A tese firmada, embora reitere a previsão constitucional que excepciona a inviolabilidade do domicílio nos casos de flagrante delito, dispõe, por outro lado, que a constatação dessa referida situação de flagrante precisa estar amparada em fundadas razões, que serão justificadas posteriormente perante a autoridade judicial.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a dificuldade de se definir o alcance da expressão “fundadas razões”, sobretudo diante das diversas interpretações subjetivas que podem ser adotadas nos casos concretos.

Algumas vezes é inevitável que a verificação da existência de fundadas razões aptas a justificar a violação de domicílio seja feita no curso de uma persecução criminal, momento em que a análise dos fatos tende a ser superficial por conta da própria urgência em se frear a possível prática de um crime.

Dessa forma, uma das soluções propostas no voto do Ministro se traduz no fortalecimento do controle “*a posteriori*”, que deve ser feito pela autoridade judiciária assim que receber o auto de prisão em flagrante. O magistrado, conforme determinação legal, ao receber o auto de prisão em flagrante deve analisar o cumprimento dos requisitos formais da prisão e decidir se homologa o flagrante ou se relaxa a prisão ilegal. Agora, de acordo com a tese firmada pelo Supremo, também cumpre ao juiz analisar se as fundadas razões estavam devidamente configuradas e justificadas antes do ingresso no domicílio. Exige-se, portanto, que os policiais que efetuaram o flagrante através da violação de um domicílio demonstrem que adotaram tal medida com justa causa.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

Conforme esse entendimento passa a existir a real possibilidade de se impugnar a prisão em flagrante realizada com violação de domicílio, bem como as consequências que advém dessa medida. A autoridade judicial precisará verificar se existiam mínimos elementos indiciários, configuradores das fundadas razões, que antes do ingresso no domicílio indicassem que no local estava em prática um crime.

Neste diapasão, o grande avanço trazido pela decisão se concretiza no fato de que a descoberta “*a posteriori*” de uma situação de flagrante delito, no contexto de um ingresso forçado em domicílio, não é mais apta a justificar por si só a medida adotada. As fundadas razões devem estar amparadas em fatos concretos verificáveis “*ex ante*”. Por mais que exista subjetivismo, antes do ingresso no domicílio devem estar configurados elementos mínimos passíveis de exteriorização e perceptíveis pelos agentes públicos. Caso contrário, independentemente do resultado da ação, ainda que de fato se verifique uma situação de flagrante delito no local, não tendo o ingresso ostensivo ocorrido de acordo com as exigências legais, toda a ação seria considerada ilícita.

Ademais, o fortalecimento do controle judicial posterior, na medida em que exige dos agentes públicos a demonstração de justa causa, também os protege das consequências de invadir o domicílio alheio nos casos em que, ao final do procedimento, não se constate a ocorrência do flagrante delito. Em outras palavras, o policial que ingressava em casa alheia, anteriormente assumia o risco do insucesso da sua empreitada configurar o crime de violação de domicílio. Tal fato, na leitura do próprio Ministro Gilmar Mendes, dava “ao policial um perigoso incentivo. Ou desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio”¹⁰⁴.

Quanto às decisões do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que a Corte complementou o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, mormente porque buscou delinear de forma mais precisa os parâmetros fáticos da diligência policial e enfrentou a questão do consentimento, que, conforme pontuado, costuma ser utilizado como argumento para justificar o ingresso em domicílio – embora a existência do ato de consentir seja completamente dissociada da realidade nos casos em que há efetivo estado de flagrância.

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

Entretanto, os aspectos positivos firmados com os novos entendimentos dos Tribunais Superiores, embora representem avanços, sobretudo diante dos precedentes anteriores, ainda não se mostram suficientes, pois ainda há que se evitar que a restrição de um direito fundamental, não importe em seu total esvaziamento.

A despeito dos cuidados tomados, diversas lacunas foram deixadas, abrindo-se espaço para interpretações conflitantes, de forma que a garantia permaneceu fragilizada, como será exposto a seguir.

Principais críticas

A despeito de propor uma evolução no entendimento, “estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação”¹⁰⁵, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616 ainda permite um amplo espaço de interpretação por parte dos aplicadores da lei.

A expressão “fundadas razões” continua sendo demasiadamente vaga para definir quais circunstâncias do caso concreto justificam a restrição do direito fundamental. Por mais que se exija dos agentes policiais a demonstração de justa causa para adoção da medida de violação de domicílio, ainda assim, há espaço para julgamentos subjetivos feitos pelo próprio julgador, em sede de controle judicial realizado “*a posteriori*”.

Buscava-se que, reconhecida a repercussão geral da matéria em julgamento, a Corte Constitucional evoluísse de forma mais significativa em seu entendimento. Por mais que o próprio voto do Ministro Gilmar Mendes tenha proposto a afirmação da garantia da inviolabilidade da casa, ainda se empresta “excessiva ambiguidade e vagueza aos parâmetros legais que autorizam as intervenções”¹⁰⁶. Não há como tentar defender a tese de que ficaram estabelecidos indicativos sólidos do que seria, por exemplo, uma fundada suspeita apta a justificar o ingresso em domicílio alheio.

A necessidade de se densificar os critérios que regem a persecução penal, promovida pelos agentes policiais e, conseqüentemente, de se restringir o conceito da

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

106 SARLET, Ingo Wolfgang. Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial. Consultor Jurídico, 13 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial.>>. Acesso em: 10 abr 2016.

expressão “fundadas razões”, é agravada se levado em consideração a realidade do país, que demonstra que as violações de domicílios são marcadas pela seletividade de indivíduos e locais.

Partindo para a realidade concreta, sabe-se que as denominadas denúncias anônimas possuem lugar de destaque nas investigações criminais. Contudo, elas não são aptas a configurar a fundada suspeita capaz de justificar o ingresso forçado em domicílio alheio. Não há garantia da sua idoneidade e tampouco da sua própria existência. Assim, não se pode fechar os olhos para uma realidade marcada por excessos na utilização dessas informações, fazer isso é mascarar uma política criminal seletiva, racista e que permite a injustiça epistêmica.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto que a “jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas”¹⁰⁷, consolidando a tese que exige a visualização do flagrante em momento anterior à violação do domicílio. Todavia, adiante, admite que “a solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução *fundadas razões* demandará esforço de concretização e interpretação”¹⁰⁸.

Por este motivo, o atual entendimento do Supremo conferiu mais responsabilidade ao Judiciário, fortalecendo o controle posterior, que já é excepcional, posto que a reserva de jurisdição das prisões só é flexibilizada nos casos de flagrante delito. Cabe, portanto, a autoridade judicial compatibilizar as liberdades individuais com a segurança pública, avaliando a legalidade da atuação dos agentes policiais. Há, porém, tanta obscuridade ao se enfrentar o tema, que se for deixado para a casuística determinar o desenvolvimento da jurisprudência, ficará aberto um perigoso espaço para a discricionariedade.

Ainda analisando os aspectos negativos da decisão, percebe-se que a autorização do ingresso ostensivo em domicílio na ocorrência de flagrante delito também gera controvérsias no tocante às consequências da medida, que não foram discutidas no caso concreto.

Sabe-se que a eventual descoberta de uma situação de flagrante no interior da

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

108 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

casa não convalida a sua violação se antes da entrada forçada não existia justa causa que fundamentasse a suspeita da prática de um crime. A este respeito explica Ingo Wolfgang Sarlet:

A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante, com o devido respeito aos que pensam diversamente, é mero acaso e não tem o condão de justificar o ingresso compulsório na esfera domiciliar. Da mesma forma, não pode o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude das provas produzidas durante a intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional.¹⁰⁹

A Constituição Federal não permite a restrição do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio para fins de investigação. O ingresso em domicílio alheio somente é autorizado nos casos de flagrante delito em razão da intenção precípua de se interromper a prática de um crime. Justamente por isso, a norma constitucional, quando elenca as exceções à inviolabilidade de domicílio, coloca a situação de flagrante ao lado dos casos de desastre ou de prestação de socorro, hipóteses que evidenciam extrema urgência, apta a legitimar a flexibilização do direito.

Sendo assim, é inadmissível que agentes públicos adentrem ostensivamente em diversos domicílios, sem ordem judicial e tampouco justa causa, as vezes procurando de casa em casa até encontrar em alguma delas situação de flagrante delito, promovendo uma verdadeira peregrinação em nome da pretensa segurança pública.

Há, também, que se levar em conta que não raro são vistas condenações fundamentadas exclusivamente em provas obtidas por meio ilícitos, como ocorre no caso de violações de domicílio. Essas provas de materialidade ficam comprometidas e são inadmissíveis ao processo, vez que colhidas a partir de procedimentos abusivos e eivados de ilegalidades.

Neste diapasão, se eventualmente se descobriu prova material de algum crime por meio ilícito, a exemplo das provas obtidas com violação de direito, a própria prova é ilícita por derivação, conforme a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Sendo a prova ilícita proibida no ordenamento pátrio, conforme art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, deve ser desentranhada dos autos, não podendo ser considerada pelo julgador na formação da sua convicção e, na maioria dos

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial. Consultor Jurídico*, 13 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial>>. Acesso em: 10 abr 2016.

casos, deve resultar na absolvição do acusado por inexistência de outras provas obtidas por fonte independente.

O perigo da discricionariedade exercida no controle judicial “A Posteriori”

Os tópicos anteriores demonstraram que, embora o entendimento firmado pela Corte Constitucional do país tenha avançado na compreensão dos limites da cláusula da inviolabilidade de domicílio, diversas questões não foram discutidas, algumas delas referentes às consequências da autorização do ingresso em domicílio alheio, outras relacionadas aos requisitos que legitimam essa permissão.

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal não disponha acerca dos desdobramentos que uma nova tese terá nos julgamentos futuros, sobretudo pela própria impossibilidade de se prever o que irá acontecer nos casos concretos, se esperava deste julgamento específico, por tratar de uma hipótese de restrição de direito fundamental, que também envolve matéria processual penal, uma decisão que conferisse mais segurança jurídica e possibilitasse uma maior efetivação da garantia à inviolabilidade de domicílio.

Cumprido destacar que a despeito da própria Corte ter reconhecido a necessidade de se fortalecer o controle judicial efetuado em momento posterior à diligência que culmina no ingresso ostensivo em domicílio alheio, a tese fixada ainda é marcada pela vagueza de parâmetros legais que dispõem acerca dos critérios para a restrição da inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito, o que abre espaço para discricionariedade e enfraquece o direito fundamental.

Aqui é importante ressaltar que não se critica a discricionariedade em si, mas a ausência de critérios orientadores mais rígidos, sobretudo porque a matéria analisada versa sobre prisões em flagrante e violações de domicílio e, portanto, sobre restrição de liberdade e intervenção indesejada na intimidade, temas que precisam passar por uma filtragem constitucional para garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, sob pena, inclusive, de violação ao art. 17, “1” do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 11, “2” da Convenção Americana de Direitos Humanos, vigentes no país.

Acerca da discricionariedade, sabe-se que esta é faculdade inerente à atividade

judicial e não é sinônimo, nem possui relação com a arbitrariedade, pelo contrário, é uma prerrogativa conferida ao magistrado por ser indispensável à resolução dos fatos que não estão previstos na lei. Dessa forma, permite a superação da omissão legislativa no intuito de garantir a prestação da tutela jurisdicional¹¹⁰. Para tanto, o juiz deve utilizar de regras de interpretação hermenêutica, buscando sempre a melhor aplicação do direito ao caso concreto.

Não obstante tal concepção, o que aqui se questiona é até que ponto, levada em consideração a realidade social do país, sobretudo nas periferias, se pode permitir que um Estado que deve ser regido por princípios democráticos e que se propõe a efetivar a dignidade da pessoa humana, deixe que a proteção do domicílio, local onde primeiramente se desenvolve a personalidade do indivíduo, fique à mercê do desenvolvimento de uma jurisprudência fundada na casuística, sem a prévia fixação de orientação legal mais rígida. A este respeito, a crítica de Juarez Tavares acerca da jurisprudência como fonte de direito:

Lamentavelmente, porém, o que vemos, hoje, no direito brasileiro (também no direito de outros países, mas fundamentalmente no brasileiro) é um retrocesso incommensurável: em vez de a doutrina influenciar a jurisprudência para dar às decisões judiciais um mínimo de racionalidade, faz-se da jurisprudência o compêndio da doutrina. Quando a jurisprudência se torna a única fonte de elaboração do direito, pode-se dizer que o direito está destruído.¹¹¹

Como já foi mencionado neste trabalho, a realidade da persecução penal muitas vezes envolve diligências ilegais. Abusos são cometidos, tanto no que se refere aos motivos que ensejam a ação policial, quanto às consequências dos procedimentos. A ostensiva investida em domicílios é recorrente e na maioria das vezes as arbitrariedades sequer chegam ao conhecimento do Judiciário. Quando chegam, por não existirem parâmetros rígidos para averiguar e determinar se a medida foi legal, o resultado do controle judicial é igualmente ineficaz.

A este respeito, cumpre mencionar uma passagem do voto proferido pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, que se referiu a prática do “espólio de guerra”, ocorrida na ocupação de favelas no Rio de Janeiro e perpetrada pela própria polícia, que sob o argumento de suspeita da prática de crimes no interior das residências, adentrava sem consentimento e

¹¹⁰ DOURADO, Sabrina. *Discricionariedade judicial e a efetivação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://sabinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/12139/discricionariedade-judicial-e-aefetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

¹¹¹ TAVARES, Juarez. *De volta à relação entre doutrina e jurisprudência*. Disponível em: <<http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/07/de-volta-relacao-entre-doutrina-e.html?spref=fb>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

sem mandado judicial em domicílios alheios e furtava os pertences dos moradores¹¹².

Por estas razões, o controle judicial “*a priori*”, com a conseqüente e necessária expedição de ordem judicial para efetuar uma diligência policial é a regra. Assevere-se que uma das vantagens desse controle é o fortalecimento da imparcialidade do julgador. Não que essa seja necessariamente maculada quando o controle é realizado após a ação policial, nem pode ser. Contudo, ao exercer o controle judicial “*a posteriori*”, o magistrado já dispõe dos elementos probatórios colhidos e, existindo obscuridade quanto aos critérios que devem balizar a sua decisão, pode ser levado ao infortúnio de inverter a relação de meios para fins, para uma relação na qual o fim justifica o meio utilizado, fragilizando o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Claro que não se pode partir da premissa de parcialidade do julgador, mas seria temerário ignorar que a ele, no que tange a esta matéria, é conferido um amplo espaço de escolha e que, infelizmente, muitos ainda adotam a concepção que a jurisprudência por muito tempo difundiu, segundo a qual, se o crime era de natureza permanente, haveria flagrante e conseqüentemente não poderia se falar em violação de domicílio.

Esta concepção ignora a forma como os atos são praticados e acaba minimizando as discussões sobre tema, consolidando uma posição que esvazia a garantia constitucional, cuja restrição só é justificada por conta de uma situação fática emergencial. Neste ponto, cumpre lembrar que a forma em processo penal também é uma garantia e precisa ser respeitada.

Por estas razões, diante das críticas ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, se torna fundamental que, nos casos de ingresso ostensivo em domicílio alheio, o controle “*a posteriori*” seja mais apurado. Deve a autoridade judicial, atuando no espaço de discricionariedade que lhe é conferido, partir do princípio que *busque* a máxima preservação do conteúdo essencial da garantia à inviolabilidade do domicílio, somente autorizando a sua restrição dentro das hipóteses excepcionalíssimas previstas na Constituição Federal e, ainda assim, apenas quando vinculadas à demonstração da existência de fundadas razões, realmente sólidas e aptas a evidenciar a ocorrência de situação de flagrância. Ademais, deve reconhecer os limites impostos à atuação policial e estabelecer critérios rígidos de

112 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

aferição da licitude das provas colhidas.

Neste contexto, em caráter final, resta evidente a necessidade de se densificar os parâmetros legais que legitimam o ingresso forçado em domicílio, sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais e dentro de uma perspectiva que *busque* conciliar uma maior efetivação da garantia à inviolabilidade de domicílio com a persecução criminal, minimizando a tensão existente entre elas. Esse tipo de interpretação exige a atuação do Judiciário e a afirmação da garantia por quem tem o dever legal de protegê-la, sendo indispensável à concretização dos direitos individuais e do princípio da dignidade da pessoa humana, pilares de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.
- _____. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.
- _____. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.
- _____. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.
- _____. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.
- _____. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.
- _____. Constituição (1967) **Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969**. Brasília, 1969.
- _____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.
- _____. **Decreto nº 592 de 06 de Julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.
- _____. **Decreto Lei nº 2848 de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal.
- _____. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal.
- _____. **Lei de 16 de Dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil.
- _____. **Lei nº 4.898 de 09 de Dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.
- _____. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Dispo
- _____. **Lei nº 11.689 de 09 de Junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências.
- _____. **Lei nº 11.690 de 09 de Junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3

de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências Dis

_____. **Lei nº 11.719 de 20 de Junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.

_____. **Lei nº 12.850 de 02 de Agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 598.051/SP**, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 674.139/SP**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 24/2/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.595/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ em 01/02/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO** – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 10/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145.** Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Processo Penal.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: a tutela penal da intimidade.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado.** 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. O pobre no direito e no processo penal. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 45-54, março/abril/maio 2014.

DOURADO, Sabrina. **Discricionariedade judicial e a efetivação dos direitos fundamentais.**

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: Vol. VI.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: volume 1: parte geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KUNDERA, Milan. **A Imortalidade**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 1 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 39-40.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

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

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Direito Penal: v. 2**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Penal: v. 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1978

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes**. Consultor Jurídico, 01 de ago. 2014.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial. **Consultor Jurídico**, 13 de nov. 2015.

_____. NETO; Jayme Weingartner. **A inviolabilidade de domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Juarez. **De volta à relação entre doutrina e jurisprudência**.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Juspodium. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Código de Processo Penal Comentado 1**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Sobre a Autora

Maria Clara Hage Pereira

Mestre em Direito Processual Penal na Universidade de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Tem experiência na área de Direito Penal e Direito Processual Penal. Defensora Pública.

Índice Remissivo

A

ação penal 41, 46, 54, 56
ação policial 22, 49, 51, 52, 66, 67
agente estatal 52
aplicação da pena 27, 28, 30
autoridade judicial 8, 23, 40, 43, 45, 60, 61, 63, 67

C

classificação dos delitos 24, 32
conceito analítico 28, 29, 30
conceitos e critérios 30
conduta criminosa 32, 46, 47
conduta delitiva 47, 50
conduta humana 26, 27, 28, 29
consentimento 11, 18, 19, 20, 21, 22, 32, 35, 50, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 61, 66
constituição 11, 12, 14, 23
controle judicial 41, 43, 61, 62, 65, 66, 67
crime 8, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 64, 67, 70, 71
culpabilidade 26, 27, 28, 29, 30, 39

D

delito 8, 11, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 39, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 72
determinação judicial 11, 18, 19, 20, 22
dignidade da pessoa humana 8, 12, 16, 21, 39, 66, 68
direito 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 29, 33, 34, 35, 36, 39, 41, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 67, 70
direito à intimidade 8, 10, 12, 15, 21
direito-garantia 8, 15, 21, 23
direitos constitucionais 12
direitos fundamentais 9, 12, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 51, 53, 59, 65, 66, 68, 70, 71
direitos individuais 21, 22, 23, 53, 68
domicílio 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 44, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 72
doutrina penal contemporânea 25

E

estado de flagrância 8, 32, 42, 52, 53, 59, 61

F

fato delituoso 25, 28

fenômeno delituoso 24, 26

flagrância 8, 32, 42, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 61, 67

flagrante 8, 11, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 67, 70, 72

G

garantia constitucional 9, 16, 56, 67

garantias 13, 14, 15, 17, 22, 23, 44, 45, 59

I

ingresso em domicílio 32, 36, 50, 56, 57, 61, 62, 64, 65

interesse público 21, 23, 53

inviolabilidade de domicílio 8, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 50, 52, 64, 65, 67, 68, 72

J

jurisprudência 8, 41, 53, 63, 66, 67, 71, 72

L

legislação 39, 47, 49

lei 11, 14, 23, 27, 28, 33, 35, 36, 39, 41, 44, 46, 47, 52, 59, 62, 66

lei penal 27, 28, 36

liberdades individuais 11, 23, 63

M

mandado judicial 8, 20, 36, 44, 51, 52, 54, 55, 58, 67

medida cautelar 40, 43, 45
meios processuais 14

N

norma constitucional 8, 18, 20, 32, 34, 51, 55, 64
norma de garantia 14, 18

P

pena privativa de liberdade 38, 39
persecução penal 22, 41, 62, 66
poder de penar 40
poder público 13, 20, 53
princípio da proporcionalidade 20, 41
prisão 19, 32, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 57, 60, 61
prisões cautelares 40, 41
procedimento policial 56
processo penal 21, 22, 23, 38, 41, 67, 70
proteção do domicílio 10, 11, 12, 66

S

segurança individual 33
segurança jurídica 25, 28, 65
segurança pública 8, 9, 21, 53, 60, 62, 63, 64
situação de flagrância 42, 47, 50, 51, 54, 67

T

teoria do delito 25, 30
texto constitucional 8, 11, 12, 15, 20, 22, 36, 50

V

vida privada 10, 11, 12, 16, 33



AYA EDITORA

2024