



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLARA CALDAS MAROCCI GONÇALVES

**TRÁFICO DE DROGAS E A (I)LICITUDE DA PROVA
OBTIDA MEDIANTE ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM
MANDADO JUDICIAL**

Salvador
2017

CLARA CALDAS MAROCCI GONÇALVES

**TRÁFICO DE DROGAS E A (I)LICITUDE DA PROVA OBTIDA
MEDIANTE ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM MANDADO
JUDICIAL**

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

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CLARA CALDAS MAROCCI GONÇALVES

TRÁFICO DE DROGAS E A (I)LICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2017

À minha família, dedico o presente trabalho por todo apoio, confiança, carinho e compreensão nos momentos mais difíceis.

“90% do sucesso se baseia simplesmente em insistir.”

Woody Allen

RESUMO

O presente trabalho se debruça acerca da questionável licitude da prova obtida através da entrada de policiais em domicílio de suposto acusado de tráfico de drogas sem mandado judicial. Para isto, serão analisadas a amplitude do princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio e a sua aplicabilidade nas diligências que culminam na prisão em flagrante de indivíduos sob a acusação de guardar ou ter em depósito drogas, fato típico previsto pelo caput do artigo 33 da Lei 11.343/06 e que se configura como crime permanente. Ainda será estudada a tese firmada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 603.616, segundo a qual, diante de fundadas razões que indiquem que no imóvel ocorre situação de flagrante delito, a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial estará coberta pelo manto da legalidade. Saliencia-se que a decisão não se mostrou satisfatória para a solução das tensões sociais ligadas ao tema, uma vez que não foram fixados critérios objetivos para definir a locução “fundadas razões”, além de ter sido conferido tratamento extremamente superficial acerca das consequências de um ingresso em domicílio fora da exceção prevista pela Constituição. Diante da inexistência de uma equação que equilibre o conflito existente entre o interesse da persecução criminal e o necessário respeito à vedação constitucional, o problema se encontra nas repercussões da admissão dessa prova de duvidosa legalidade no processo penal. A importância social da análise desta problemática consiste no fato de que o desrespeito aos direitos fundamentais à inviolabilidade de domicílio e à vedação das provas ilícitas ocasiona efetivos prejuízos ao réu, na medida em que há um flagrante desrespeito a direitos básicos assegurados pela Constituição Federal que acaba por macular todo o processo, culminando, muitas vezes, em sentença condenatória.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Provas ilícitas. Tráfico de drogas. Crime permanente. Flagrante delito.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
n.	Número
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PROVAS ILÍCITAS E SEU REGRAMENTO NO BRASIL	12
2.1	CONCEITO DE PROVA E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	13
2.2	A PROVA ILÍCITA	31
2.3	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA ILICITUDE	35
2.3.1	Vedação à prova ilícita x proporcionalidade	37
2.3.2	Admissibilidade de prova ilícita em benefício da defesa	41
2.3.3	Sobre a prova obtida por ofensa a inviolabilidade constitucional	43
3	ENTRADA EM DOMICÍLIO PARA BUSCA DE PROVA	46
3.1	SOBRE A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO	46
3.2	HIPÓTESES E REQUISITOS PARA A ENTRADA EM DOMICÍLIO	54
3.3	OS CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E ABUSO DE AUTORIDADE	58
3.3.1	Do crime de violação de domicílio	58
3.3.2	Do crime de abuso de autoridade	63
3.4	A ENTRADA EM DOMICÍLIO COMO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL	68
4	TRÁFICO DE DROGAS E INVASÃO DE DOMICÍLIO	73
4.1	CONSEQUÊNCIAS DO ENQUADRAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMO CRIME PERMANENTE	75
4.2	O RE 603.616-STF: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA INVASÃO DO DOMICÍLIO COMO FONTE PROBATÓRIA LEGÍTIMA PARA A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO	80
5	CONCLUSÃO	92
	REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à inviolabilidade de domicílio é assegurado expressamente pela Constituição Federal, no artigo 5º, XI¹ e corresponde a um dos pilares da democracia, uma vez que não há democracia sem que o cidadão tenha um espaço só seu, onde possa exercer os seus direitos da personalidade, sem a interferência de terceiros, bem como em que esteja a salvo de possíveis ingerências estatais. Assim, o direito correlato aos direitos à intimidade e à privacidade é oponível não somente contra os demais particulares, mas, principalmente, contra o Estado.

Entretanto, o constituinte, no mesmo dispositivo que estabelece a regra da incolumidade do lar, elenca algumas exceções à esta regra. São situações, diante das quais, a necessidade e a urgência autorizam a flexibilização da inviolabilidade de domicílio. Uma das hipóteses em que se permite a entrada ostensiva em domicílio alheio ou em suas dependências, sem autorização judicial e independentemente de ser dia ou noite é a situação de flagrante delito. Tal exceção tem fundamento no interesse da segurança pública. A proteção ao domicílio não pode servir de instrumento da impunidade, então, se o sujeito faz de sua casa asilo para a prática de crimes, é necessária a intervenção estatal para que seja interrompida a atividade delitiva e sejam adotadas as medidas legais.

Na prática, se verifica uma enorme tensão entre a proteção ao domicílio e os interesses da segurança pública, sobretudo no tocante aos crimes de natureza permanente, cuja consumação não é instantânea e, por isso, o estado de flagrância se protraí no tempo. Se enquadra como crime permanente o tráfico de drogas, quando este se consubstancia no verbo guardar ou ter em depósito substâncias entorpecentes e, por todo o período em que as drogas estejam guardadas ou depositadas, se verificará situação de flagrante delito.

A jurisprudência que se desenvolveu sobre esse tema, durante muito tempo, interpretou o texto do artigo 5º, XI de maneira literal. Desta forma, tendo em vista que nos crimes permanentes o agente está permanentemente em estado de flagrância, estaria autorizada a entrada forçada no domicílio, desde que após a

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 mai. 2017.

entrada se constate a efetiva prática de crime permanente no local. A legalidade da atuação policial era avaliada com base no resultado das diligências e não de acordo com os elementos que serviram para motivar o ingresso em domicílio, a pretexto de tratar-se de situação de flagrante delito.

Quando a entrada em domicílio se dá fora dos limites impostos pela Constituição, isso torna inválido o procedimento de busca e apreensão no imóvel, bem como o material apreendido no curso de tais diligências. Portanto, a ilicitude da violação de domicílio repercute diretamente na licitude da prova colhida no local, uma vez que, nos termos do artigo 5º, LVI, da Carta Magna², não se admitem no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Diante desta celeuma, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca das mencionadas controvérsias e, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 603.616, com repercussão geral conhecida, firmou entendimento de acordo com o qual fica autorizada a entrada em domicílio sem o consentimento do morador e sem mandado judicial, desde que presentes fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, se verifica situação de flagrante delito, salientando que as fundadas razões devem ser posteriormente justificadas perante autoridade judicial, sob pena de responsabilização disciplinar, civil e penal dos agentes e autoridade policial envolvidos, bem como de nulidade dos atos praticados³.

Levando em conta os precedentes anteriores do Supremo acerca da matéria, o entendimento firmado representa um avanço em alguns aspectos. Entretanto, a Corte Constitucional deixou de enfrentar uma série de questões, deixando amplo espaço para interpretação por parte dos operadores do direito. Com isso, a garantia acabou mais esvaziada do que fortalecida com o mencionado julgamento.

Neste contexto, ao passo que o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e a vedação do ingresso de provas ilícitas no processo vêm sendo interpretados de forma restritiva pelos aplicadores do direito, em nome do interesse da segurança

2 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 mai. 2017

3 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

social, é necessário analisar as premissas fixadas pela decisão da Corte Constitucional e as suas implicações práticas no que pertine à matéria das provas ilícitas e da inviolabilidade de domicílio.

O presente trabalho se debruça acerca da questionável licitude da prova obtida através da entrada de policiais em domicílio de suposto acusado de tráfico de drogas sem mandado judicial. Para isto, serão analisadas a amplitude do princípio constitucional que garante a inviolabilidade do domicílio e a sua aplicabilidade nas diligências que culminam com a prisão em flagrante de indivíduos sob a acusação de guardar ou manter drogas em depósito, fato típico previsto pelo caput do artigo 33 da Lei 11.343/06⁴. Ainda serão analisadas as repercussões da admissão dessa prova de duvidosa legalidade no processo.

Este estudo se dividiu em cinco capítulos, sendo o primeiro a presente introdução e o último a conclusão.

O segundo capítulo versou sobre a temática das provas ilícitas e as suas implicações no processo penal. A partir da apresentação do conceito de prova, foi analisada a importância da instrução probatória para o desenrolar do processo penal, passando por uma breve análise sobre os sistemas penais, destacando que a forma como se dá a gestão da prova no processo está diretamente ligada ao sistema processual vigente. Em seguida, foram analisados princípios norteadores do rito probatório, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a vedação às provas obtidas por meios ilícitos.

Procedeu-se, então, ao estudo das provas ilícitas, identificando três correntes doutrinárias que se contrapõem no tocante ao tratamento que deve ser dado a esta prova no âmbito do processo penal. Após, foi analisada a proporcionalidade como instrumento apto a definir, no caso concreto, quando uma prova ilícita pode ser admitida nos autos e quando deve ser afastada do acervo probatório, salientando que quando a prova ilícita for benéfica para a defesa, doutrina majoritária defende a sua utilização no processo, em nome da justiça.

4 BRASIL. Lei Nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 09 mai. 2017.

Por fim, foi demonstrado que a vedação à prova ilícita no processo, muitas vezes serve de instrumento para garantir outros preceitos constitucionais, como quando impede o ingresso no processo de provas obtidas mediante ofensa à inviolabilidade constitucional, tais como a inviolabilidade das comunicações, do domicílio, o sigilo profissional e o sigilo das correspondências, com destaque para o afastamento dos autos da prova obtida através de violação de domicílio.

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo da inviolabilidade de domicílio. Feito um breve histórico do referido direito fundamental, destacando a sua evolução paralelamente ao desenvolvimento da democracia no Brasil e no mundo, foi feita uma exposição da posição que o instituto ocupa atualmente no ordenamento brasileiro. Em seguida, foram apresentadas as exceções à inviolabilidade domiciliar, com especial atenção à hipótese em que o ingresso forçado no lar é autorizado em razão de flagrante delito. Por fim, foi analisada a tutela que o direito penal confere ao princípio constitucional por meio dos crimes de invasão de domicílio e de abuso de autoridade em razão de ofensa à inviolabilidade de domicílio, salientando que, nas hipóteses em que o agente policial deve ingressar no imóvel para fazer cessar a prática delitiva, age em estrito cumprimento de dever legal, não incorrendo nas penas do crime de abuso de autoridade.

O quarto capítulo promove uma análise acerca da relação existente entre a repressão ao tráfico de drogas e o princípio da inviolabilidade de domicílio, destacando as consequências do enquadramento do crime de tráfico de drogas como crime permanente. E, finalmente, foi analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no mencionado julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, tendo sido narrado o caso que ensejou a interposição do recurso, os fundamentos da decisão e os pontos positivos e negativos do entendimento firmado.

2 PROVAS ILÍCITAS E SEU REGRAMENTO NO BRASIL

O Direito sempre se ocupou com a reprodução dos fatos supostamente delituosos, ocorridos no plano realístico, no âmbito do processo judicial. Reconstruir a realidade é um compromisso do Estado no exercício de sua atividade jurisdicional. O objetivo a ser perseguido no processo é a formação de uma certeza judicial, a qual será protegida pelo manto da coisa julgada, podendo esses fatos certificados serem correspondentes ou não aos fatos efetivamente ocorridos na realidade, uma vez que, ao lado da certeza jurídica, se pretende, ainda, uma estabilização dos conflitos sociais.

A aludida reconstrução da verdade a que se propõe o Direito Processual é indissociável do instituto da prova, cujo objetivo é trazer ao processo os elementos capazes de formar a convicção do julgador acerca da existência ou não dos fatos típicos, bem como sua autoria e circunstâncias, de modo que a decisão judicial seja embasada numa versão que se aproxime ao máximo da verdade real.

A prova tem dupla função no processo, uma se dirige ao magistrado e a outra à coletividade. São elas convencer o julgador para que ele decida e justificar a decisão adotada perante a sociedade. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, a primeira função consiste no procedimento cognitivo, enquanto a segunda corresponde a um fenômeno psicossocial. Em razão do papel que a prova, em seus múltiplos sentidos, ocupa no processo, o autor afirma ser a prova a “alma do processo”.⁵

Embora com a produção de provas se busque encontrar a verdade e de certa forma reconstruir os fatos ocorridos no passado com todas as suas circunstâncias de maior relevo, o legislador constituinte e o legislador infraconstitucional estabeleceram um regramento com as diretrizes relativas à produção e ao exame das provas judiciais, de modo que, havendo inobservância de alguma formalidade ou limite legal, esta prova será, a rigor, considerada ilegal.

5 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

A Constituição Federal veda expressamente o ingresso de provas obtidas por meios ilícitos no processo.⁶ Entretanto, a questão envolve uma série de debates, tendo em vista que, por vezes, direitos fundamentais acabam ficando em posições contrapostas no debate em torno da admissão ou não de uma prova supostamente obtida por meios ilícitos no processo.

A respeito dessas questões e de outras que serão ainda suscitadas, a doutrina não é unânime. Vê-se logo a relevância dos temas a serem estudados no presente capítulo, bem como a influência que as decisões acerca do rito probatório podem exercer na decisão sobre o mérito do processo.

2.1 CONCEITO DE PROVA E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

O termo prova vem do latim *probatio* e significa confirmação, verificação, exame. Trata-se do conjunto de meios através dos quais se busca chegar à certeza de um fato. Sendo assim, provar é formar em alguém a convicção de que algo que fora alegado corresponde à verdade.⁷

Não existe apenas um sentido para o vocábulo prova, mas sim uma diversidade de significados. Prova pode ser entendida como atividade, como instrumento e como resultado. Como atividade, a prova é o conjunto de ações realizadas pelo julgador e pelas partes com o escopo de aferir a veracidade do *fato probandum*. Além disso, prova é o instrumento, é o meio de que se valem as partes para introduzir os fatos que desejam no processo. Por fim, é o resultado dessa atividade e desse instrumento. Do exame do fato *probandum* pelo magistrado, decorre a prova como resultado.⁸

O processo se presta à função de reconstruir a verdade, o objetivo a ser perseguido em seu curso é a formação de uma certeza judicial. Esta reconstrução resulta do exame do delito em sua individualidade objetiva e subjetiva e as provas têm importância, nesse contexto, porque conduzem à formação da certeza acerca da

6 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

7 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 03.

8 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 41-42.

ocorrência do fato delituoso. Portanto, a função do processo não pode ser dissociada do instituto da prova, em razão de ser ela o instrumento de que as partes se valem para convencer o julgador de que a sua versão dos fatos corresponde à verdade.

Diante dessa íntima relação do rito probatório com o rito processual em que ele está inserido, Aury Lopes Jr. afirma que a gestão da prova é a “espinha dorsal” do processo penal, porque toda a estrutura do processo se sustenta no tratamento da prova. Sendo assim, um estudo sobre o regime legal das provas não será completo se não passar por uma análise sobre o sistema processual adotado e vice-versa.⁹

Sistema processual penal é o agrupamento de princípios e regras constitucionais que determina as características do processo penal em determinado momento histórico. Razões, históricas, culturais e políticas influenciam na caracterização de cada sistema e, a partir delas, serão fixadas as diretrizes a serem seguidas no momento da aplicação do direito penal ao caso concreto.¹⁰ A doutrina faz menção a três sistemas processuais, o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto.

O sistema acusatório determina uma nítida separação de funções e sua origem remonta ao Direito grego, onde o povo participava diretamente dos processos, tanto no exercício da acusação, quanto no exercício do julgamento.¹¹ Neste sistema, é possível distinguir claramente a figura do acusador, a quem cabe a titularidade da persecução do provável autor do fato delituoso, a figura do imputado, que é considerado sujeito de direitos e detém o direito de se defender das acusações que lhe são feitas, e, por fim, a figura do julgador que tem o poder de decidir, mas deve fazê-lo de maneira imparcial. No curso do procedimento, deve ser observado o contraditório e os debates devem ser públicos, orais e contínuos. Relativamente à valoração das provas, o sistema é o do livre convencimento, onde o juiz deve decidir

9 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 359.

10 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 47.

11 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 57.

com base nas provas carreadas aos autos, entretanto, a sentença baseia-se na sua livre apreciação.¹²

Até o século XII, o modelo predominante era o acusatório. Porém, ele foi se mostrando insuficiente para atender às demandas sociais de repressão dos delitos, na medida em que o processo dependia dos particulares para se desenrolar e isso gerou um alto grau de impunidade. Isso ocorria em razão da imparcialidade que determinava uma postura de inércia do juiz, então, se as partes atuassem de forma incompleta, o juiz tinha que decidir com base em um acervo probatório defeituoso. Neste contexto, entre os séculos XII e XIV, houve uma substituição do sistema acusatório por um novo sistema, o inquisitório. Concluiu-se que a persecução penal não poderia continuar a cargo dos privados, em nome de um efetivo combate à delinquência, tais poderes deveriam ser conferidos ao Estado que deveria exercê-los nos limites da legalidade.¹³

O sistema inquisitório é marcado pela concentração dos poderes de persecução, acusação, defesa e julgamento nas mãos de uma única pessoa, o chamado inquisidor. Tendo nascido nos regimes monárquicos e ganhado força com o direito canônico, tal sistema coloca o acusado, no curso das investigações e do processo, não como sujeito de direitos, mas sim como um objeto, motivo pelo qual não se fala em contraditório, tampouco em ampla defesa. No campo do procedimento, os atos de investigação se dão de maneira sigilosa, escrita e descontínua, com relação ao rito probatório, impera o sistema de provas tarifadas ou provas legais, também chamado de sistema de hierarquia de provas.¹⁴

O núcleo deste sistema é a busca pela verdade real, para alcançá-la, o inquisidor poderia se valer dos mais diversos instrumentos, inclusive, a tortura. A prisão cautelar era regra e não exceção, uma vez que era necessário dispor do corpo do acusado para tentar, por todos os meios, obter a confissão, considerada, nesse contexto, a “rainha das provas”.¹⁵

12 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38-39.

13 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 60-63.

14 ZILLI, **op. cit.**, p. 39-40.

15 LOPES JUNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 62-67.

Os abusos perpetrados sob o sistema inquisitório foram duramente criticados com o advento das ideias iluministas e, com a Revolução Francesa, suas falhas foram expostas de modo que o modelo inquisitivo passou a ser incompatível com o modelo de Estado e de jurisdição que emergia. Diante deste cenário, entre os séculos XVIII e XIX, foi proposto um sistema misto.¹⁶ O sistema misto, como o nome sugere, incorpora tanto aspectos do sistema inquisitório, quanto aspectos do sistema acusatório. Esse sistema ficou conhecido como sistema inquisitório reformado, porque partiu do sistema inquisitório acrescido de características do sistema acusatório.¹⁷

Tal sistema pode ser dividido em duas fases, a instrução preliminar e a fase judicial. Na primeira, o procedimento é de titularidade do juiz, ele pratica os atos de investigação visando a formação de um juízo prévio que justifique e autorize a acusação. O suposto autor dos fatos é tido como um objeto das investigações e o procedimento é secreto, escrito e sem necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa. Esse cenário muda na fase judicial, onde o acusado é sujeito de direitos e o debate é público, oral e respeita ao contraditório e à ampla defesa. No que tange à acusação, a sua titularidade sai da esfera da competência do juiz e passa às mãos do Ministério Público, é ele que detém o ônus da prova, havendo que se respeitar a presunção de inocência.¹⁸

O primeiro ordenamento jurídico que adotou o sistema misto foi o francês, em 1808, com o *Code d'Instruction Criminale*. Entretanto, não tardou para que o modelo híbrido fosse difundido por todo o mundo, sendo atualmente o mais utilizado.¹⁹

Uma análise conjunta da Constituição Federal com o Código de Processo Penal leva a crer que o Brasil adota o sistema misto. A Constituição Federal traz uma série de princípios processuais penais pertinentes ao sistema acusatório, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a oralidade, a publicidade e a imparcialidade do juiz. Contudo, não é correto afirmar que o Brasil adota o sistema

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 72.

17 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

18 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 48.

19 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 69.

acusatório puro, tendo em vista que o Código de Processo Penal contém normas de caráter inquisitorial.

Não se observa, no inquérito policial, o contraditório e a ampla defesa, além de ser um procedimento eminentemente escrito e sigiloso, conforme preceituam os artigos 9º e 20, do CPP²⁰, respectivamente, características inerentes ao sistema inquisitivo. As garantias constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e à publicidade, dentre outras, só passam a ser exigidas a partir do momento em que é proposta a ação penal, momento em que o procedimento ganha contornos acusatórios.

É que, em juízo, o processo torna-se contraditório, público, as provas são produzidas pelas partes e o julgador deve ser imparcial, inexistindo a figura do juiz instrutor.²¹ Então, o processo penal brasileiro no que concerne ao procedimento que se desenvolve na segunda fase da persecução criminal, tem natureza acusatória. De outro vértice, na sua essência, é inquisitivo. É formalmente um sistema acusatório, na medida em que a Constituição Federal faz uma clara opção pelo sistema acusatório, mas materialmente de caráter inquisitório, tendo em vista que o Código de Processo Penal contém uma série de dispositivos de natureza inquisitorial.²²

O fato de a fase pré-processual não respeitar aos princípios constitucionais de natureza acusatória influi em uma série de questões relativas à gestão das provas, Os dados obtidos na fase pré-processual, por exemplo, têm valor apenas informativo. Não serve o inquérito para apurar a culpa ou produzir um juízo de valor a respeito do suposto autor do fato e de sua conduta, a sua função é colher dados que tornem plausível o oferecimento de uma denúncia. O necessário é que ao fim desta fase de investigações se tenha obtido elementos suficientes que apontem para a materialidade e a autoria de um fato típico, culpável e ilícito.²³

Já na fase judicial, onde devem ser observados o contraditório e a ampla defesa, toda a verificação feita na instrução é feita no sentido de estabelecer se as provas conseguem produzir a certeza do delito ou se, ao contrário, levam ao estado de

20 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 19 abr. 2017.

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**. 35ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 118-120.

22 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

23 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 74.

dúvida. A prova é a relação concreta entre a verdade objetiva e a certeza subjetiva, é o instrumento através do qual a verdade se revela no processo, sendo o único meio capaz de legitimar uma condenação judicial. Havendo a dúvida, não há outra decisão a ser proferida que não seja a absolutória.²⁴

Não há que se falar em certeza sobre um fato, no âmbito do processo penal, sem que haja a prova para oferecer-lhe o lastro. A prova serve para agregar, no processo, certeza sobre determinado fato ocorrido no passado, bem como sobre sua autoria e circunstâncias que o circundaram, logo, a consequência que se espera da incidência da prova sobre um fato é a certificação deste.

Mittermaier formula a seguinte definição:

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova.²⁵

A mera afirmação por uma das partes de que algo ocorreu é inócua no âmbito jurisdicional. Entretanto, quando esse fato é atestado, dele decorrem dois efeitos, o de convencer o julgador e o de embasar a sua decisão.²⁶ Na prática, a prova funciona como uma qualidade atribuída a determinado fato alegado no processo. Conforme afirma Deltan Martinazzo Dallagnol, uma vez provado o fato deduzido por uma das partes, é como se nele fosse posto um “carimbo” que o caracteriza como fato demonstrado.²⁷ Apenas depois dessa verificação é que a alegação feita poderá acarretar alguma consequência juridicamente, antes disso, por mais plausível que a alegação pareça, a rigor, nada significa aos olhos do processo judicial.

Ferrajoli aponta que o magistrado, na sentença, realiza uma reconstrução histórica onde afirma que os fatos ocorreram de determinada forma, com base em rastros que

24 MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 3ª edição. Campinas/SP: Editora Bookseller, 2004, p. 88.

25 MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. 3ª edição. Campinas/SP: Editora Bookseller, 1996, p. 55.

26 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 03.

27 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 105-128.

são elevados à condição de provas.²⁸ A prova seria, portanto, esse vetor que transporta os fatos para o processo. Extrai-se daí a sua importância e a premente necessidade de que essa prova esteja sempre submetida a rigorosos critérios de obtenção e de aplicação da mesma no processo de convencimento do julgador.

Na mesma linha de inteligência, Salah H. Khaled Jr. explica que a importância da prova é tanta que, para que determinado fato ingresse no processo e seja alçado à condição de prova, deve haver um exame criterioso do mesmo. Deste modo, o fato que, a princípio se apresenta como rastro, só após uma análise de sua veracidade, é que se converte em prova e passa a poder exercer influência no processo. Então, o fato remanescente do passado é um rastro até que é inserido no processo, tem a sua autenticidade aferida e recebe a qualidade de prova.²⁹

O objetivo da prova é, efetivamente, formar a convicção do magistrado sobre questões essenciais ao deslinde da causa. Não há que se falar em julgamento de causa sem o prévio conhecimento da existência dos fatos que circundem o suposto fato delituoso, bem como das circunstâncias em que estes fatos ocorreram. O juiz atua como um historiador, porque examina minuciosamente as provas de que dispõe para reconstruir os fatos que ocorreram no passado. Ao produzir provas, o escopo das partes é convencer o magistrado que os fatos aconteceram ou não ou que aconteceram desta ou daquela maneira.³⁰

Então, para adquirir status de prova e atrair para si a função de embasador do convencimento do juiz, o “rastro” deve ser submetido a um rigoroso controle desde o momento em que se pretende que ele ingresse na investigação e esse controle deve ser constante no decurso do processo, até que essa prova embase a decisão judicial e sobre esta recaia a coisa julgada. Quanto mais rígido for o controle na produção e na incorporação da prova ao processo, mais segurança jurídica preencherá as decisões judiciais, vez que o espaço para questionamentos será limitado na proporção da certeza conferida pelo conjunto probatório.

28 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.38.

29 KHALED JR., Salah Hassan. **Ambição de verdade no processo penal**: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 252

30 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, Volume 3**. 35ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 234.

Saliente-se que na seara do Processo Penal, a fundamentalidade da prova é potencializada em relação aos demais ramos do Direito, uma vez que é a prova o único meio de alterar o estado de inocência de um indivíduo. Se, em outros ramos, a legislação oportuniza a inversão do ônus da prova em determinadas hipóteses, no Processo Penal, a iniciativa da prova é de inteira responsabilidade do acusador, em virtude da presunção de inocência.³¹

É que a supramencionada presunção determina que apenas um decreto penal condenatório transitado em julgado pode retirar o sujeito da sua condição de inocência e é certo que um julgador não pode produzi-lo com base em incertezas. É reconhecida, assim, a necessidade de certeza acerca dos fatos para que o juiz se convença da condenação e fundamente a sua decisão. Quem confere essa certeza, é a prova, ela é o vetor apto a elevar a mera afirmativa de uma das partes à posição de verdade no processo. Portanto, sem prova, sujeito algum sai da sua condição de inocência.

Geraldo Prado acrescenta que é necessário haver correspondência entre o que afirma o magistrado na decisão e as provas produzidas no processo para que a condenação seja legítima e a decisão seja válida. Assim, a tese adotada pelo julgador deve pautar-se nas provas produzidas na instrução, de modo que o subjetivismo seja mínimo e a sentença não seja arbitrária.³²

Antonio Scarance Fernandes propõe uma análise da temática da prova sob o prisma constitucional, onde ela configura-se como um direito inserido no rol das garantias do devido processo legal. Não há que se falar em devido processo legal se, no processo, não é oportunizado às partes demonstrarem as suas afirmações. Então, o direito à prova tem íntima relação com os direitos de ação e defesa.³³ Se o réu pode se pronunciar no processo para negar acusações que lhe são dirigidas, mas são postos entraves no momento da produção das provas que julga necessárias para comprovar a sua negativa, seu direito de defesa não está sendo assegurado.

31 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p.45.

32 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 73-74.

33 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

Diante da fragilidade do sujeito a quem se está imputando um crime, seja essa imputação em sede de ação penal ou em uma fase prévia, no curso de uma investigação, as garantias constitucionais são indispensáveis para impedir que essa fragilidade seja agravada em razão do arbítrio dos titulares da persecução penal e da acusação. Só a efetiva disponibilização dos meios de prova, por meio dos quais se busca a reconstrução da verdade, cumulada à observância do preceito constitucional da presunção de inocência e das demais garantias constitucionais é capaz de oportunizar uma participação incisiva do acusado no procedimento que pode ensejar um decreto condenatório.

É importante salientar, contudo, que a prova não está apenas relacionada à presunção de inocência e aos direitos de ação e de defesa. A temática da prova está intimamente ligada a outros inúmeros direitos e garantias constitucionais, razão pela qual a sua produção deve se dar dentro de rígidos parâmetros e com a observância de todos os limites impostos legalmente, sob pena de violação dos princípios que serão agora analisados e de tantos outros distribuídos pelo ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, no artigo 5º, LIV, determina ninguém poderá sofrer privação de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.³⁴ O devido processo legal determina que todos os atos processuais devem ser realizados dentro dos limites legais e seguindo os ritos e formas previamente fixados pela Lei. Trata-se do direito a um processo justo, em que as formalidades impostas pela Lei são respeitadas.³⁵

O princípio em análise é um corolário do Estado democrático de direito e dele decorrem os demais direitos e garantias constitucionais que se aplicam ao processo. Ora, se a prova produzida é que vai embasar a decisão ao fim do processo, o rito probatório deve obedecer aos formalismos, sob pena de a sentença ser maculada por violação ao devido processo legal.

34 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

35 DULCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 147.

No inciso seguinte, a Carta Magna assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa.³⁶ Por contraditório, compreende-se o direito que as partes têm de participar do processo e a participação é assegurada quando elas são informadas a respeito de todas as alegações e provas produzidas nos autos, sobre as quais as poderão se manifestar, apresentando fatos e argumentos, de modo que toda decisão no curso do processo só poderá ser proferida após a concretização deste debate.

Cumpra a ressalva de que o contraditório se aplica ao processo judicial. Tal princípio é uma das marcas do sistema acusatório, onde vigora a igualdade entre acusado e acusação. Portanto, não se fala em contraditório na fase de inquérito, a natureza inquisitorial retira do inquérito policial o princípio do contraditório, justamente porque não existe a figura do acusado, o investigado não passa de um objeto das investigações.³⁷

Insta destacar que enquanto, no processo civil, o contraditório se perfaz com a mera oportunização de reação da parte diante de ato praticado ou alegação feita pela outra parte, ou seja, é admitido o seguimento da causa sem a ciência do réu no que tange aos atos praticados no processo quando verificada a revelia, no processo penal, existe uma imposição de que o contraditório seja pleno e observado durante todo o desenrolar da persecução criminal. Essa diversidade entre o contraditório no processo penal e no processo civil existe em razão dos direitos discutidos em cada um. Como no âmbito penal estão em jogo a liberdade e o direito de punir, o direito ao contraditório se mostra com um maior grau de imprescindibilidade.³⁸

Acerca do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves preleciona:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que

36 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

37 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 18.

38 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.³⁹

Demonstra-se aqui a necessidade de que o contraditório no âmbito do processo penal seja pleno e efetivo. O contraditório só é pleno quando é observado do início ao fim do processo. Quanto à efetividade, não basta que se forneça à parte a mera possibilidade de se manifestar diante de um ato da parte contrária, é indispensável, também, que lhe sejam oferecidos os instrumentos adequados para que ela tenha condições reais de contrariar tais atos.⁴⁰

Então, para atender ao contraditório, no curso do processo, sempre que uma parte realizar um ato, a outra parte deve ser cientificada a seu respeito e, mais que isso, devem ser oferecidos a ela mecanismos para se manifestar sobre tal ato. A produção de uma prova é um ato e como tal, não pode haver ingresso de prova no processo sem que seja garantida a informação e os meios para a reação da parte contrária.

Enquanto o contraditório se ocupa da garantia da participação das partes no processo, a ampla defesa corresponde ao direito que todo cidadão tem de se defender no processo da maneira mais completa possível, na medida em que lhe é assegurada a autodefesa, a defesa técnica e a defesa efetiva.

O direito à defesa técnica consiste na exigência de defensor habilitado nos quadros da OAB na realização de todo e qualquer ato do processo, sendo inadmissível a ausência de participação da defesa nos mais relevantes momentos processuais. Autodefesa, por sua vez, corresponde à garantia do interrogatório como meio de defesa. Por fim, no que tange à defesa efetiva, esta possibilita a produção, pela defesa, de qualquer modalidade de prova situada no ordenamento jurídico.⁴¹

Há autores que defendem a tese de acordo com a qual a ampla defesa, na modalidade da defesa efetiva, autoriza, inclusive, o ingresso de provas ilícitas no processo, desde que estas sejam aproveitadas pela defesa em benefício do réu. Tal possibilidade, entretanto, será analisada em tópico posterior.

39 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2001, p. 127.

40 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

41 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 329-330.

Tal princípio tem sua importância assentada no fato de ser o acusado a parte hipossuficiente no processo penal. A acusação dispõe de todo um aparato estatal composto por órgãos preparados para a produção das provas que deseja obter. Assim, a ampla defesa busca equilibrar essa relação que por sua própria natureza é desequilibrada. O constituinte buscou com a instituição do mandamento da ampla defesa realizar uma espécie de compensação entre as forças da acusação e da defesa.⁴²

A ampla defesa manda que o réu tenha conhecimento da acusação que lhe é dirigida, que possa rebater tal acusação, que acompanhe a produção de toda a prova no curso do processo e que lhe seja permitido que produza a contraprova, bem como que tenha defesa técnica realizada por advogado e que possa recorrer das decisões.⁴³

Assim, diante de uma relação que já nasce marcada por um profundo desequilíbrio, como é a relação entre o indiciado e o Estado, tanto no curso dos procedimentos investigativos, quanto no decorrer do processo judicial, é premente a necessidade de munir o sujeito – que esteja sendo investigado ou processado – com todo o armamento legal quanto for possível, concedendo meios aptos a propiciar uma defesa efetiva e que barre possíveis arbitrariedades praticadas por agentes públicos.

O legislador, ao trazer essa exigência, deixa claro que não basta a participação do acusado nos atos processuais, sendo imprescindível que essa participação se desenvolva com todo o aparato técnico que propicie não qualquer defesa, mas sim a melhor defesa.

Passando ao estudo da garantia constitucional da presunção de inocência, transcrevem-se as lições de Gustavo Badaró:

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessário expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é

42 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 35-36.

43 GRECO FILHO, Vicente *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 251-252.

assegurado por várias garantias, entre as quais se inclui a “presunção de inocência”.⁴⁴

A garantia fundamental em análise vem expressa no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal⁴⁵ e impõe que, durante a persecução penal, não podem ser aplicadas penalidades ao acusado a pretexto de uma possível condenação futura, além de determinar que o ônus de provar a ocorrência do fato delituoso e a sua autoria é inteiramente da acusação.

Aury Lopes Jr. explica que a presunção de inocência impõe um dever de tratamento, este, por sua vez, atua em duas dimensões, uma interna e outra externa. A dimensão interna envolve o dever que a acusação e o julgador têm de tratar o acusado como inocente durante todo o processo penal, sendo vedada a abusiva decretação de medidas cautelares, além de estabelecer que a carga da prova é inteiramente do acusador, o sujeito entra no processo como inocente e essa condição só será afastada caso a acusação se desincumba do ônus da prova. Em sua dimensão externa, a presunção de inocência funciona como um limite à estigmatização social do réu, a medida em que estabelece que não deve haver publicidade exagerada, preservando o máximo possível a sua imagem perante a sociedade.⁴⁶

A presunção de inocência é responsável por uma das diferenças mais marcantes entre o processo civil e o processo penal, qual seja a distribuição do ônus da prova. Aliás, a diferença consiste justamente no fato de não haver distribuição do ônus da prova no processo penal, ela é toda destinada à acusação. Só se distribui ônus da prova no processo civil, onde não há que se falar em presunção de inocência.

O acusado, na esfera criminal, não tem o dever de provar a tese defensiva. Uma vez que é presumidamente inocente, não lhe incumbe produzir prova alguma. Quem deve atacar a presunção é a acusação, não há distribuição de cargas probatórias.⁴⁷

44 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 284.

45 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

46 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 368-369.

47 *Idem*. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 530-531.

Parte da doutrina defende a tese de que a defesa tem o ônus da prova de uma alegada excludente de ilicitude ou de culpabilidade, bem como as atenuantes e causas de diminuição de pena que sejam trazidas aos autos do processo.⁴⁸ Para os defensores desta tese, então, à acusação só caberia provar o fato típico, a autoria, a culpa e possíveis circunstâncias de aumento de pena.⁴⁹ Entretanto, esta corrente parece ir contra a presunção de inocência, conforme explica Aury Lopes Junior:

A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência de causas de justificação.⁵⁰

Gustavo Badaró compartilha do mesmo pensamento e explica que, uma vez que não existe condenação por uma conduta que não seja ilícita, a ilicitude é um dos elementos necessários para a condenação. Logo, a presunção de inocência também tem como objeto a ilicitude da conduta, de modo que, havendo dúvida quanto à antijuridicidade da conduta, presume-se a licitude da mesma, motivo pelo qual não cabe ao acusado provar a excludente de antijuridicidade.⁵¹

Portanto, em atenção à presunção de inocência, relativamente ao ônus da prova, cabe ao autor provar a correspondência entre o fato ocorrido na realidade e o fato tipificado na norma, a autoria, a culpa, a inexistência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade e as circunstâncias que venham a ser alegadas com o intuito de aumentar a pena no caso da condução a um decreto condenatório.

A garantia de sentença absolutória, imposta pelo *in dubio pro reo* nos casos em que a defesa afirma a existência de uma excludente de ilicitude ou um alibi, mas não consegue comprovar tal alegação, é uma das possibilidades de aplicação da presunção de inocência no processo penal.⁵²

Dos imperativos da presunção de inocência e da ampla defesa, decorre a proibição constitucional à autoacusação. Determina o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal,

48 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 48.

49 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 07.

50 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 532.

51 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 319.

52 *Ibidem*, p. 300.

que o réu tem a faculdade de manter-se calado frente a qualquer acusação que lhe seja feita.

Ademais, a máxima do *nemo tenetur se detegere*, de acordo com a qual ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo, passou a ser prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com a incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁵³ Trata-se de um direito fundamental que, na prática, pode consistir em uma das formas de exercício do direito de silêncio.

O sujeito nasce e permanece, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em estado de inocência e a sua inércia – que pode se manifestar por meio do exercício ao direito fundamental de permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo – pode ser mantida mesmo se lhe tentarem imputar a autoria de fatos delituosos e a mera imputação não ensejará a alteração desse estado. Entendimento diverso implicaria em admitir que o sujeito pode ser compelido a se autoincriminar, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Há ainda outros princípios pertinentes às provas que merecem atenção aqui. São eles os princípios da comunhão, da oralidade, da publicidade, da liberdade probatória, do livre convencimento motivado e da vedação das provas obtidas por meios ilícitos.

Após o seu ingresso no processo, a prova não pertence mais à parte que a produziu, uma vez que ela passa a pertencer ao processo, é o que determina o princípio da comunhão da prova.⁵⁴ É que não existe titularidade da prova, ela pode ser aproveitada por todos no processo, independentemente de quem tenha sido o seu proponente. Então, se uma parte produz uma prova entendendo que ela será lhe benéfica, mas, ao contrário, ela lhe é prejudicial, não há como requerer o desentranhamento desta prova sob esse fundamento, ela será aproveitada, em prol da verdade real.⁵⁵

53 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 65.

54 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 06.

55 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 470.

Por sua vez, o princípio da oralidade aduz que a palavra oral, na fase judicial da persecução penal, deve prevalecer sobre a palavra escrita.⁵⁶

O princípio da publicidade é assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, XXXIII e LX e no artigo 93, IX.⁵⁷ Tais dispositivos determinam que, salvo nos casos de segredo de justiça, as provas devem ser produzidas publicamente. A publicidade é uma característica inerente aos Estados Democráticos de Direito, trata-se da antítese do sigilo que marca a realização dos atos processuais nos Estados onde o poder é exercido nos moldes do totalitarismo. O espírito democrático impõe que o processo se desenrole dentro da maior transparência possível.⁵⁸

Essa publicidade só pode ser restringida sob a justificativa de defender a intimidade ou se o interesse público ou social assim o exigir. Ainda assim, essa restrição é parcial, uma vez que as partes e os seus procuradores devem continuar tendo acesso aos atos processuais, salvo em casos excepcionalíssimos em que a parte também perde esse acesso, mas, ainda assim, o seu representante deverá acompanhar a realização dos atos.⁵⁹

Partindo da premissa de que o processo penal tem por objetivo alcançar a verdade real a respeito dos fatos delituosos supostamente ocorridos, não vigora no Brasil a taxatividade das provas. As partes têm liberdade para produzir as provas que julgarem necessárias e, nos termos do artigo 156 do CPP⁶⁰, ao magistrado é facultada a iniciativa para a sua produção.⁶¹ O princípio da liberdade probatória, contudo, não é absoluto, havendo algumas restrições legais, como a limitação

56 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 06.

57 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

58 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 162.

59 *Ibidem*, p. 163.

60 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 abr. 2017.

61 PRADO, *loc. cit.*

imposta pelo artigo 207 do CPP⁶², o qual proíbe a colheita de depoimento de pessoas que devam guardar o sigilo profissional.⁶³ É o que ensina Tourinho Filho:

Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E, por que não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.⁶⁴

No que concerne ao modelo de valoração das provas, a primeira questão que se coloca é fazer a distinção entre os três modelos possíveis, uma vez que, historicamente, existem três relevantes métodos de valoração das provas. São eles o sistema legal de provas, o princípio da íntima convicção e o princípio do livre convencimento motivado. O sistema legal de provas ou sistema de provas tarifadas é aquele em que o legislador define previamente o valor de cada prova, assim, existe uma estrutura hierarquizada das provas, sem que se leve em consideração as peculiaridades de cada caso. Esse modelo é bem característico do sistema inquisitório.⁶⁵

Embora não seja o modelo adotado pelo Brasil, o artigo 158 do CPP remete a esse sistema, uma vez que estabelece que nos delitos que deixam vestígios, a prova deve ser feita mediante exame de corpo de delito e, caso esta não seja produzida, a confissão do acusado não pode suprir a sua ausência.⁶⁶

Por outro lado, o princípio da íntima convicção é aquele em que o juiz não precisa fundamentar as suas decisões, não há fixação de critérios de valoração do acervo probatório pelo legislador. Neste modelo, a discricionariedade é total, o julgador não precisa expor os argumentos que o levaram a decidir neste ou naquele sentido. Há um traço no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o rito do Tribunal do Júri, onde os jurados decidem sem precisar fundamentar a decisão.⁶⁷

62 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 abr. 2017.

63 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 472.

64 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume 3. 35ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 241, 246-297.

65 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 543.

66 BRASIL. *Op. cit.*

67 LOPES JUNIOR, Aury. *Loc. cit.*

Por fim, o princípio do livre convencimento motivado é aquele em que não existem critérios de valoração das provas estabelecidos previamente pelo legislador.⁶⁸ O magistrado é livre para examinar as provas carreadas aos autos, contudo, deve fundamentar as decisões com base nos fatos provados.⁶⁹ Trata-se da antítese do sistema da prova legal, mas, em razão da necessidade de fundamentação das decisões, se afasta também do sistema da íntima convicção. O livre convencimento autoriza o juiz a, caso a caso e observado o contraditório, selecionar as provas que ingressarão no processo, bem como atribuir o valor de cada uma delas na formação do seu convencimento.⁷⁰

No processo penal, via de regra, nenhuma prova pode ser classificada aprioristicamente como suficiente para, isoladamente, levar à condenação de um sujeito. Esta premissa é a nota distintiva entre o sistema das provas legais e o critério do livre convencimento motivado. Já a obrigação atribuída ao julgador de fundamentar as suas decisões, é o que distingue o método de valoração das provas do livre convencimento da valoração nos moldes da íntima convicção.⁷¹

Este é o modelo adotado pelo Código de Processo Penal que dispõe, no artigo 155, que o juiz deverá decidir com base na livre apreciação das provas produzidas na fase judicial, respeitado o contraditório⁷². Diante deste dispositivo, uma decisão só é legítima quando fundamentada a partir dos fatos provados no curso do processo. Portanto, é ilegítima a sentença calcada apenas nos dados obtidos no inquérito policial, bem como em qualquer prova que não tenha sido construída com a observância do contraditório.

O que diferencia decisões arbitrárias, resultantes apenas de um exercício de poder, de decisões que resultam na superação da presunção de inocência pela atividade

68 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 06.

69 LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 544.

70 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei nº 11.690, de 09.06.08. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297.

71 DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 159-161.

72 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 abr. 2017.

probatória é justamente a motivação, ela assegura que o julgamento penal tenha natureza cognitiva imposta pela lei.⁷³

E, finalmente, de acordo com o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, ninguém poderá ser condenado com base em provas ilícitas. É o que determina o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal⁷⁴. Diante da relevância deste princípio para o estudo a que se propõe o presente trabalho, o mesmo será abordado de maneira apartada no tópico seguinte.

O fato é que a Constituição Federal instituiu regras balizadoras do processo na seara penal, às quais conferiu status de fundamentais e de garantias inelimináveis do ordenamento jurídico. Esses princípios são tão vinculantes que o legislador infraconstitucional instituiu novas regras como desdobramentos destes princípios constitucionais que também são premissas inafastáveis no curso do processo penal. Desta forma, a prova produzida em desacordo com esses direitos básicos – sejam eles assegurados pela CF/88 diretamente ou inseridos na legislação infraconstitucional a partir de desdobramentos das garantias constitucionais –, via de regra, deve ter a sua entrada no processo barrada pelo aplicador do Direito, como será tratado no tópico seguinte.

2.2 A PROVA ILÍCITA

O legislador constituinte foi claro ao consagrar a vedação à admissibilidade das provas ilícitas no Processo. Do artigo 5º, LVI, da Carta Magna extrai-se que não se admitem no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Tal vedação tem por escopo garantir que o produto de uma violação à lei não seja utilizado para julgar alguém por outra suposta violação à Lei. É inadmissível que um sujeito saia da condição de inocente para ser condenado por um fato “comprovado” mediante violação ao ordenamento jurídico.

Essa vedação tem dupla finalidade, qual seja, tutelar direitos e garantias individuais e assegurar a qualidade do material probatório a ser introduzido no processo. O dispositivo constitucional atua regulando a persecução estatal de modo a inibir que

73 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 164.

74 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

práticas probatórias ilegais sejam perpetradas por seus agentes, tratando-se, portanto, de uma função pedagógica.⁷⁵

Genericamente, uma prova é ilícita quando obtida mediante violação à lei. A doutrina propõe a divisão das provas ilegais (ou ilícitas em sentido amplo) em duas categorias, de um lado as provas ilícitas (ou ilícitas em sentido estrito) e, de outro, as provas ilegítimas.⁷⁶ Ademais, existe uma diferenciação, também, no que concerne à origem da ilicitude. A prova pode ser ilícita por sua própria natureza, independente da maneira que é incorporada ao processo, mas também pode ser uma prova lícita em geral, mas se tornar ilícita em razão da maneira que se dá a sua produção e apresentação no processo. Neste caso, a prova não é propriamente ilícita, ela é uma prova obtida por meio ilícito ou prova ilícita por derivação.⁷⁷

A prova ilícita por derivação, vista de maneira isolada, é lícita. Entretanto, foi a partir de uma prova ilícita que se chegou a ela.⁷⁸ Como quando um sujeito é torturado e confessa que mantém drogas em depósito em determinado imóvel e a autoridade policial obtém mandado judicial e se dirige ao local para realizar busca e apreensão do entorpecente. Neste exemplo, a droga encontrada no local é uma prova lícita do crime de tráfico de drogas, entretanto, ela derivou de uma prova ilícita, qual seja a confissão mediante tortura.

Elucidativo também é o exemplo da escuta telefônica clandestina que resulta na busca e apreensão de entorpecentes. A escuta clandestina é claramente uma prova ilícita e, sem ela, não haveria apreensão, portanto, há nexos de causalidade entre as provas, é ilícita por derivação a busca e apreensão que resulta na apreensão de drogas.⁷⁹

São provas ilícitas aquelas que são obtidas através de violação a normas de direito material. Nestes casos, a transgressão à lei se dá no momento em que a regra é violada e essa violação é externa ao processo, podendo ser anterior a ele ou ocorrer

75 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 345.

76 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 577.

77 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 08.

78 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

79 PRADO, Leandro Cadenas. *Op. cit.*, p. 10

após o seu início. Enquanto as provas ilegítimas são aquelas em que há afronta a norma de direito processual. A ilegitimidade se consuma no momento em que a prova é formada no processo, portanto, ocorre no curso do processo, jamais antes do seu início.⁸⁰

Cumprido salientar que a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas não é feita pela Constituição⁸¹, uma vez que esta aduz de maneira geral que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Então, para o legislador constituinte, pouco importa a categoria da norma violada, bastando a violação para que essa prova seja tida como uma prova ilícita.⁸² Quem distingue provas ilícitas e ilegítimas é o Código de Processo Penal e a doutrina.

No que tange à regulamentação infraconstitucional do tema, em 2008, foi promulgada a Lei nº 11.690/08⁸³, que alterou de forma significativa alguns dispositivos do Código de Processo Penal no que concerne à regulamentação das provas. O artigo 157 é que dá tratamento legal ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas. O novo dispositivo, em seu caput, determina que são inadmissíveis as provas ilícitas, motivo pelo qual devem as mesmas ser desentranhadas do processo. O legislador afirma que são ilícitas aquelas provas que são produzidas com violação a norma de direito constitucional ou material.⁸⁴

Portanto, não se aplica o caput do artigo 157, do CPP⁸⁵ às provas produzidas através de violação a regras de direito processual penal. Em relação às provas ilegítimas, o regime é outro, uma vez verificado o vício, deve ser declarada a nulidade da prova.⁸⁶ É que o descumprimento de uma norma processual conduz à

80 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 09.

81 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 mai. 2017.

82 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 3. 35ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 244.

83 BRASIL. 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. Brasília, DF. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. 10 jun. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

84 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 22 abr. 2017.

85 *Ibidem*.

86 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

nulidade do ato de produção da prova, nos termos do artigo 564, IV, do CPP⁸⁷, devendo esse ato ser repetido dentro dos parâmetros legais, para formar, desta feita, a prova legítima.⁸⁸

A prova ilícita por derivação, nos termos do artigo 157, §1º e § 2º, é também inadmissível no processo, salvo na hipótese em que não restar evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outra ou quando a prova derivada puder ser obtida por fonte independente da primeira.⁸⁹ Se não houver causalidade entre a prova ilícita e a lícita, não há contaminação, serão provas independentes e a ilicitude de uma não influencia no aproveitamento da outra no processo. Fonte independente de prova é aquela que, sem nenhuma conexão com a prova ilícita, conduz também à prova derivada.⁹⁰ Em outras palavras, por meio dos atos legais de investigação, a autoridade pública chega à prova lícita, o que torna ela admissível no processo não obstante ter sido produzida também em decorrência da prova ilícita, esta, por sua vez, afastada dos autos.

Em outras palavras, quando existente um meio alternativo à prova maculada pela ilicitude, a prova derivada está plenamente apta a ser acolhida no processo. Como na situação em que, por meio de uma escuta clandestina, é obtida a localização de documentos capazes de incriminar o indiciado. Paralelo a isso, uma testemunha, cuja oitiva foi realizada dentro de todos os preceitos legais, indica a localização desses mesmos documentos. Os documentos tratar-se-iam se prova ilícita por terem sido localizados mediante escuta ilegal. Entretanto, o fato de a testemunha ter conduzido a Polícia aos documentos, seguindo o procedimento regular, torna-os prova lícita e, portanto, possíveis de ingressar no processo.⁹¹

Ao estabelecer expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, o legislador consagrou a tese, de origem norte-americana, que já era reconhecida e aplicada pela jurisprudência brasileira, conhecida como a Teoria dos Frutos da

87 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 22 abr. 2017.

88 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei nº 11.690, de 09.06.08. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297.

89 BRASIL, *op. cit.*

90 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 487-488.

91 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 351.

Árvore Envenenada, segundo a qual, se uma prova é ilícita, todos os frutos que dela derivam também são ilícitos.⁹² Desta forma, os efeitos da prova ilícita por derivação são os mesmos efeitos das provas ilícitas que possibilitaram a sua produção e apresentação no processo.

2.3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA ILICITUDE

Identificada a ilicitude de determinada prova, o passo seguinte é identificar qual tratamento será dado a esta prova. Sobre essa questão, se desenvolveram três posições doutrinárias diferentes e contrapostas. São elas a tese da admissibilidade processual da prova ilícita, a teoria da inadmissibilidade absoluta e, por fim, a tese da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade.

De acordo com a corrente que defende a admissibilidade processual da prova ilícita, se não houver vedação na lei processual, a prova é perfeitamente admissível no processo, independentemente de conter ou não violação a regra de direito material. Para os adeptos desta teoria, se verificado o desrespeito à norma de direito material, isso não afeta a continuidade do processo, tampouco o aproveitamento da prova e, quanto à violação da norma de natureza material, esta só pode ser questionada em processo independente, tendo em vista que essa violação pode corresponder a um ilícito penal ou civil. Saliente-se que o resultado deste processo não afasta a utilização da prova no processo em que foi a mesma produzida.⁹³

Trata-se de posição minoritária e que não encontra espaço, hoje, na jurisprudência, tampouco na legislação. O desprestígio da tese da admissibilidade da prova ilícita no processo se deve ao paradoxo proposto por seus adeptos, de uma prova ser considerada lícita e produzir efeitos em um processo penal e, ao mesmo tempo, ensejar a condenação de quem a produziu em outro processo.⁹⁴

É que o Processo Penal não deve ser entendido como o conjunto de normas de procedimento, o Código de Processo Penal não é o único diploma legal que se aplica ao rito probatório e, nem se fosse, tal teoria seria válida, uma vez que

92 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 09.

93 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 579.

94 *Ibidem*, *loc. cit.*

conforme os defensores da tese da admissibilidade processual das provas ilícitas, só existiria vedação à utilização das provas ilegítimas no processo, pouco importando a licitude das mesmas. Sendo que, como visto, o próprio CPP contém dispositivo vedando a utilização de provas produzidas mediante violação a norma de direito constitucional ou material, portanto, provas ilícitas que podem ou não ser legítimas. Em suma, tal teoria vai contra todo o regramento da prova no ordenamento jurídico brasileiro.

Em antítese da teoria da admissibilidade processual da prova ilícita, está a tese da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita. Seus defensores entendem que uma ofensa à Constituição não pode ser relativizada ou comportar exceções. Esta tese possui adeptos tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, mas é muito criticada porque ignora o fato de que nem o próprio direito constitucional afirma serem as suas regras absolutas, cada caso concreto contém uma série de peculiaridades e circunstâncias particulares a ele, de modo que o direito precisa ser flexível para que a decisão tomada seja justa na prática.⁹⁵

Como o nome sugere, a teoria da admissibilidade da prova ilícita em razão do princípio da proporcionalidade propõe um caminho intermediário entre as teorias da admissibilidade processual e da inadmissibilidade absoluta. Seus defensores entendem que, em casos excepcionais, quando houver relevante interesse público, a prova ilícita deve ser admitida no processo, sempre com o escopo de garantir outros direitos fundamentais.⁹⁶ Embora esta teoria encontre certo espaço na doutrina e na jurisprudência – principalmente quando a prova ilícita beneficia o réu –, a sua aplicação é questionável, na medida em que pode ensejar decisões construídas sobre a máxima de que os fins justificam os meios, o que não é aceitável sob a ótica da legalidade.⁹⁷

As três teorias são arriscadas, cada uma a seu modo. O fato é que cotidianamente a vedação à admissibilidade da prova ilícita atua no sentido de reforçar a proteção a uma série de outros direitos fundamentais, tais como o direito ao silêncio, o direito ao sigilo profissional, de correspondência e de telecomunicações, bem como o

95 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 580.

96 *Ibidem*, p. 581.

97 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

direito à inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, as provas obtidas mediante afronta a esses direitos são ilícitas e a Constituição manda que não sejam utilizadas no processo.

Entretanto, não se pode olvidar que são correntias, também, as situações em que estes direitos se opõem à busca pela verdade real e ao combate à criminalidade e garantia da segurança pública. Portanto, no cenário atual, o que se tem é o constante embate entre esses direitos, de modo que a proporcionalidade parece ser o meio adequado para se buscar soluções justas e evitar decisões arbitrárias.

Mencionadas as teorias propostas para definir o destino dado às provas produzidas ilicitamente, necessário proceder ao estudo mais aprofundado da proporcionalidade como ferramenta para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais que ocorrem quando da seleção das provas utilizadas no processo e da decisão quanto ao destino daquelas produzidas com violação a direito fundamental, mas em proteção a outro direito fundamental.

2.3.1 Vedação à prova ilícita x proporcionalidade

Não há princípio cuja garantia seja absoluta. Entre os princípios inexiste hierarquia, só é possível atribuir valor a cada um diante de situações concretas que efetivamente tenham ocorrido no plano dos fatos, ou seja, no plano teórico, não é possível contrapor princípios e eleger um que se sobreponha aos demais.

Nesse sentido, os mais variados princípios podem vir a colidir com o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, não restando outra saída ao operador do Direito senão a solução do embate através da utilização de um terceiro princípio, qual seja, o princípio da proporcionalidade. A importância do princípio da proporcionalidade reside na viabilização da aplicação de determinada norma em detrimento de outra norma contraposta à primeira.

Tal princípio se desenvolveu na Alemanha do pós-guerra. Os seus precursores defendiam a necessidade – quando houvesse conflito entre direitos igualmente assegurados pelo ordenamento jurídico – de colocar os bens jurídicos em atrito em

uma balança para que se verificasse qual apresentava maior peso no caso concreto. O de maior importância, então, seria protegido em detrimento do de menor valor.⁹⁸

Então, o princípio da proporcionalidade é de extrema relevância na resolução de conflitos, tanto entre regras, quanto entre princípios. Se no caso do conflito entre regras, o resultado é a exclusão de uma das regras do ordenamento, no caso do embate entre princípios, não se exclui os valores encerrados em um dos princípios, o que se verifica é a eleição do princípio prevalente no caso concreto.⁹⁹

O ordenamento jurídico é uma unidade, sendo assim, é inimaginável que, no curso de uma persecução penal – cuja finalidade consiste em apurar circunstâncias e fatos relativos a supostos crimes e reunir elementos capazes de levar os fatos ao Judiciário para que haja a adequada repressão aos ilícitos perpetrados –, sejam cometidos atos ilícitos e estes sejam admitidos como válidos sob o argumento da busca pela verdade real. Aceitar essa possibilidade seria admitir a prática de crimes pelas autoridades, desde que o escopo consistisse na punição de crimes anteriormente praticados por cidadãos. Nenhum sistema penal inserido em um estado democrático de direito se sustentaria dentro dessa lógica.

É que a premissa de que o princípio da vedação das provas ilícitas é imanente ao estado democrático de direito conduz à conclusão de que não se admite a punição do sujeito a qualquer custo. Ao assegurar a garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas, o constituinte estatuiu um limite à liberdade probatória. Desta forma, o julgador é livre para apreciar a denúncia e as provas produzidas pela acusação, mas a investigação dos fatos alegados deve se dar no campo de um processo ético e pautado nos princípios que sustentam um estado democrático de direito. A busca pela verdade real não pode levar o julgador a extrapolar esses limites.¹⁰⁰

O caráter democrático da Constituição Federal impõe uma série de direitos e garantias destinados aos cidadãos, para que estes não sejam subjugados pelo arbítrio de autoridades nas mais variadas situações. Dentro desse rol de

98 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 488.

99 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003, p. 158.

100 RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 474.

instrumentos de defesa de que dispõe o cidadão, figura a vedação da admissibilidade da prova ilícita, seja na fase de investigação preliminar, seja no curso de um processo judicial.

De outro vértice, é dever do Estado reprimir a criminalidade. A segurança social também é um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, sendo uma garantia destinada tanto à coletividade, quanto aos cidadãos individualmente considerados, conforme o artigo 144. Determinou o constituinte que é dever do Estado – por meio das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civil e militar e dos corpos de bombeiros militares – e direito e responsabilidade de todos a preservação da ordem pública, bem como a incolumidade das pessoas e de seus respectivos patrimônios.¹⁰¹

O fato é que a Constituição que assegura as garantias da privacidade, da intimidade, da inviolabilidade de domicílio e da inviolabilidade de correspondência é a mesma Constituição que tutela a segurança pública. Portanto, no intuito de outorgar meios eficientes de combate à delinquência, o Estado não pode permitir ingerências desnecessárias ou abusivas na vida dos particulares, conforme pondera Antonio Scarance Fernandes:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta de privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.¹⁰²

Inúmeras são as situações em que outro direito fundamental, cujo valor se mostre mais relevante do que o bem jurídico violado com a produção da prova, acaba por ser assegurado com a utilização da prova ilícita. Serve para ilustrar o debate, o caso em que, para impedir a fuga de presos tidos como perigosos, de determinada penitenciária, violou-se a correspondência dos mesmos e foi descoberto por meio de tal violação que havia um plano de fuga destes presos que incluía, até mesmo, o sequestro de um juiz durante audiência que já estava designada. Ora, a proteção à

101 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

102 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

vida do magistrado e a necessidade de assegurar a segurança do presídio parecem justificar a violação de correspondência dos presos.¹⁰³

Então, é indiscutível que a aplicação estrita da regra disposta no artigo 5º, LVI, da CF/88 pode levar a decisões absurdas. Diante dos constantes conflitos entre valores assegurados constitucionalmente e, partindo da premissa de que não existe hierarquia entre eles, a doutrina e a jurisprudência vêm tentando atenuar os efeitos de uma aplicação literal da vedação às provas ilícitas e, para tanto, se vale do critério da proporcionalidade para justificar a prevalência da tutela a outros direitos fundamentais em detrimento dos direitos tutelados pela proibição do aproveitamento de provas ilícitas no processo, observadas com cautela as circunstâncias do caso concreto.¹⁰⁴

É que, no contexto da persecução criminal, declarar a ilicitude de um ato, seja no curso da instrução pré-processual ou já em sede processual pode significar o não atendimento a outro preceito constitucional de valor igualmente relevante. Este pode ser favorável à defesa ou à acusação, embora seja praticamente unânime na doutrina nacional o entendimento de acordo com o qual só é possível a aplicação da tese da relativização da vedação à utilização de provas ilícitas no processo quando a prova seja benéfica ao réu. Entretanto, há também quem defenda que, em situações excepcionalíssimas, a mesma teoria pode ser aplicada em favor da sociedade e contra a defesa.¹⁰⁵

Há de ser ressalvada a concepção de Fernando Capez, de acordo com a qual não se trata de um conflito entre os direitos fundamentais dos particulares com o direito da acusação à produção da prova. O autor, que se filia à corrente minoritária que defende que, a depender do caso, o princípio da proporcionalidade deve ser também aplicado *pro societate*, explica que a acusação tem como escopo, via de regra,

103 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

104 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 158-159.

105 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 18.

representar a coletividade e resguardar valores também fundamentais para a sociedade e que são bens jurídicos tutelados pelo direito penal.¹⁰⁶

Portanto o autor admite que, em situações excepcionais onde estejam opostos um valor fundamental garantido pela Constituição – como o direito à vida, à saúde, à integridade física, ao patrimônio e à segurança – e o princípio da vedação das provas ilícitas, o julgador pode, por meio do sopesamento dos valores contrastados no caso concreto, concluir que a proibição da utilização das provas ilícitas deva ser afastada em prol da tutela de algum destes direitos igualmente protegidos pela Constituição.¹⁰⁷

Logo, para os que defendem que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo não é absoluto nem nos casos em que a prova prejudica a defesa, a proporcionalidade não deve apenas ser aplicada em favor do réu. Para tal doutrina, esta tese pode ser aplicada em favor da sociedade diante do caso concreto, considerando a gravidade da infração penal investigada ou analisada em sede de ação penal já instaurada. A escolha entre a busca pela verdade e a necessidade de assegurar as garantias individuais depende invariavelmente da ponderação dos interesses que estejam em jogo. Se em uns casos é mais conveniente sacrificar o direito individual para garantir o alcance da verdade real, em outros, o direito individual deverá prevalecer.

É inegável, entretanto, que, ao contrário da tese que defende a aplicação da proporcionalidade *pro societate*, é praticamente unanimidade na doutrina a aceitação da prova ilícita no processo quando esta for apta a provar a inocência do réu ou favorecê-lo de alguma forma. Por este motivo, o estudo da admissibilidade da prova ilícita *pro reo* merece um tópico à parte.

2.3.2 Admissibilidade de prova ilícita em benefício da defesa

Como visto, a proporcionalidade é um meio de se buscar o equilíbrio entre valores contrastantes. Nenhum princípio é absoluto e o princípio da vedação às provas ilícitas não foge a essa regra. Assim, em casos excepcionais, os defensores da

106 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 270.

107 *Ibidem*, *loc. cit.*

teoria da proporcionalidade afirmam que a norma constitucional prevista pelo artigo 5º, LVI, da CF/88, não só pode, como deve, ceder espaço a outro princípio cuja proteção, no caso concreto, se revele mais importante socialmente.¹⁰⁸

Diversos autores entendem que as provas ilícitas devem passar pelo crivo da proporcionalidade e, uma vez comprovado que o ingresso desta no processo resultará na comprovação da inocência do réu, não há que ser afastada a prova dos autos, pelo contrário, tal prova deve ser utilizada em nome de um interesse maior, que consiste em absolver um inocente.¹⁰⁹

O conflito, aqui, é entre a vedação constitucional à utilização de provas ilícitas no processo e o direito à liberdade de um inocente. Para Vicente Greco Filho, condenar alguém injustamente é a maior das violências, tendo em vista que, em última instância, a justiça é o valor máximo a ser perseguido pelo direito e o processo penal busca a qualquer custo evitar a aplicação de pena a um inocente. Sendo assim, independente de resultar no sacrifício de outro preceito legal, a prova da inocência do réu deve ser aceita no processo.¹¹⁰

Portanto, a questão reside em entender que determinadas violações ao ordenamento devem ser admitidas com a finalidade de evitar uma ofensa a outro valor assegurado pelo mesmo ordenamento, valor esse que deve ser alvo de uma maior proteção em relação ao primeiro, por resguardar bem jurídico mais valioso, qual seja, a liberdade de um cidadão.

Existe ainda um segundo caminho que conduz à admissibilidade da prova ilícita em benefício da defesa. Este caminho alternativo corresponde à aplicação da chamada teoria da exclusão da ilicitude, segundo a qual o réu, ao obter a prova ilícita de sua

108 PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 18.

109 NEVES, Luiz Gabriel Batista. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios. *In: Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar*. COUTINHO, Luiz; PIMENTEL, Fabiano; RIBEIRO, Wanderley (Orgs.). Salvador: Editora ESA, 2014. p. 219-245.

110 GRECO FILHO, Vicente *apud* NEVES, Luiz Gabriel Batista. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios. *In: Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar*. COUTINHO, Luiz; PIMENTEL, Fabiano; RIBEIRO, Wanderley (Orgs.). Salvador: Editora ESA, 2014. p. 219-245.

inocência está amparado pela legítima defesa, pelo estado de necessidade ou pela inexigibilidade da conduta diversa.¹¹¹

Portanto, uma interceptação telefônica sem ordem judicial, uma invasão de domicílio ou uma violação de correspondência, por exemplo, quando feitas pelo réu no intuito de obter elementos para provar a sua inocência não são condutas antijurídicas e, partindo desta premissa, a prova obtida não é ilícita, em razão da incidência de uma excludente de ilicitude.¹¹²

É importante salientar, contudo, que a doutrina que defende a admissibilidade de provas ilícitas no processo exclusivamente para favorecer o réu e, jamais, *pro societate*, entende que esta prova não pode ser utilizada para prejudicar terceiro. É o que explica Aury Lopes Junior:

Ou seja, a mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto). Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade).¹¹³

Assim, a doutrina é pacífica no que concerne à possibilidade do aproveitamento de uma prova ilícita no processo penal quando esta puder comprovar a inocência do réu. Em que pese existam dois caminhos diferentes para fundamentar a admissão dessa prova como se lícita o fosse, ambos conduzem ao mesmo resultado, a teoria da proporcionalidade *pro reo* e a teoria da exclusão de ilicitude não são verdadeiramente divergentes, apenas adotam instrumentos diversos para justificar a busca por decisões justas e a censura à condenação de inocentes em razão da defesa de valores de menor importância.

2.3.3 Sobre a prova obtida por ofensa a inviolabilidade constitucional

Uma prova pode ter o seu ingresso no acervo probatório de um processo penal vedado por razões de raiz processual ou de ordem de direito material. Em se tratando de provas que, apesar de incorporadas ao processo sem que tenha havido

111 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 489.

112 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 582.

113 *Ibidem*, p. 583.

qualquer desrespeito ao procedimento estatuído pelas normas de caráter processual, foram extraídas das fontes mediante violação a normas de direito material, se verifica a ilicitude destes atos probatórios, ressalvadas as hipóteses em que cabe a aplicação da proporcionalidade.

Dentro das hipóteses de provas ilícitas em razão de violação a normas de direito material estão as provas obtidas com violação do sigilo das telecomunicações, bem como as obtidas pela quebra do sigilo profissional, violação à intimidade familiar e violação do domicílio.

A busca pela verdade real não pode suplantar a proteção aos direitos e garantias fundamentais, por isso, a Constituição, com o escopo de tutelar valores mais importantes, impõe certos limites à atividade probatória. Especialmente no âmbito penal, se exige que os métodos que podem ser utilizados para a produção de provas respeitem dos direitos individuais dos alvos de investigações.¹¹⁴ Em um estado democrático de direito, não se aplica a máxima de que os fins justificam os meios, as autoridades públicas não podem perpetrar injustas violações aos preceitos constitucionais em nome do “sucesso” da persecução penal.

Não se ignora o fato de que é interesse da sociedade a efetiva repressão aos delitos e a garantia da segurança pública. Entretanto, o Estado não pode, em nome deste interesse, atuar de maneira arbitrária e fora dos limites fixados pela Constituição. É que, da mesma forma que o processo penal serve como instrumento para a aplicação das regras de direito penal, ele serve para garantir que sejam respeitados os direitos do acusado, como explica Rômulo de Andrade Moreira:

Ora, o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado.¹¹⁵

Constata-se com tais considerações, que a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é apenas um direito fundamental em si

114 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Processo penal**. Volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 213-229.

115 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a violação do domicílio**: enfim, uma decisão conforme a Constituição Federal. Abr. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-a-violacao-do-domicilio/>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

mesmo, mas sim um instrumento que serve para efetivar tantas outras garantias constitucionais. As normas constitucionais que estabelecem o sigilo das telecomunicações e da inviolabilidade domiciliar, por exemplo, careceriam de efetividade se não houvesse a fixação no corpo da própria Constituição de que não devem ser utilizadas no processo as provas decorrentes de violação a estes preceitos.

Em razão do escopo do presente trabalho, merece uma análise mais detida a (i)lícitude da prova obtida mediante quebra da inviolabilidade do domicílio, sobre a qual serão tecidos comentários mais específicos no capítulo seguinte.

3 ENTRADA EM DOMICÍLIO PARA BUSCA DE PROVA

A inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XI. Tal garantia, de acordo com José Afonso da Silva, consiste no reconhecimento, por parte da Constituição, de “que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”¹¹⁶. Na prática, a garantia da inviolabilidade de domicílio funciona como um meio de defesa do cidadão contra possíveis ingerências do Estado.

O próprio dispositivo, entretanto, traz as hipóteses em que é autorizada à violação do domicílio, quais sejam: em caso de flagrante delito, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Em que pese tais hipóteses devam ser interpretadas de forma restritiva, respeitando a sua natureza de exceção à regra da inviolabilidade, é importante que a garantia da inviolabilidade do lar não seja absoluta, tendo em vista que há situações em que é necessária a intervenção estatal para que se interrompa a prática de uma atividade criminosa e outros direitos, tanto da coletividade, quanto de outras pessoas individualmente consideradas sejam protegidos.

A casa é asilo inviolável, mas a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio não pode virar um instrumento em favor da impunidade¹¹⁷. A proteção não pode funcionar como um impeditivo à prisão de criminosos, tampouco à busca e apreensão de provas dos crimes. Então, verificada situação de flagrante delito ou munida de autorização judicial, a autoridade pública deve afastar a regra e se valer da exceção para intervir no local, em nome da própria aplicação da lei.

3.1 SOBRE A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

A inviolabilidade de domicílio configura-se como um dos mais importantes direitos individuais garantidos em sociedades sedimentadas sobre bases democráticas. Tal direito fundamental está tutelado em nossa Constituição no artigo 5º, XI e é reflexo

116 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 206.

117 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 57

da proteção à intimidade, à vida privada, à honra, bem como ao sossego e à tranquilidade individuais ou familiares.

A tutela à inviolabilidade do domicílio tem suas raízes fincadas no Século XVIII, a partir das tradições inglesas, quando Lord Chatham, ao discursar no Parlamento britânico, defendeu 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”¹¹⁸.

Na França pós Revolução Francesa, a proteção ao domicílio ganhou nova roupagem, estando relacionada com o direito à propriedade privada e, portanto, dissociada dos direitos à intimidade e à privacidade. A Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, em seu inciso XVII, estabeleceu que “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”¹¹⁹. O dispositivo em questão não consagrou a inviolabilidade domiciliar nos moldes de um direito a ser oposto contra o Poder Público, mas sim um direito de caráter patrimonial, qual seja o direito de ter propriedade.

Não tardou, entretanto, para o ordenamento francês encarar a inviolabilidade do domicílio como um princípio cuja função precípua é proteger o cidadão e seu lar contra a ingerência estatal. A Constituição de 1791 trouxe expressa proibição à entrada de membros da força pública na casa de cidadãos, salvo para a execução de mandados judiciais ou diante das exceções previstas em lei¹²⁰.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, protegeu o domicílio no artigo 12, quando a garantia já é indiscutivelmente um consectário da tutela à vida privada:

Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e

118 CHATHAM *apud* FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 80.

119 FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em 11 nov. 2016.

120 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 31.

reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques¹²¹.

Em âmbito nacional, a proteção ao domicílio nasceu junto com a primeira Constituição em 1824. O artigo 179, inciso VII, da Constituição Política do Império do Brasil versa sobre o tema e determina 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 determinar¹²².

Essa proteção, entretanto, era destinada apenas aos brasileiros, tendo em vista que o *caput* do artigo supramencionado estabelecia que as inviolabilidades elencadas nos incisos que se seguiam eram de titularidade dos cidadãos brasileiros. Tal restrição caiu por terra com a Constituição Republicana de 1891¹²³, a qual manteve a inviolabilidade domiciliar em favor dos brasileiros, mas estendeu a mesma aos estrangeiros residentes no Brasil, além de trazer mais uma hipótese ensejadora da permissão para a entrada noturna em domicílio alheio, qual seja para acudir ou salvar vítimas de crimes ou desastres.

A Constituição de 1934¹²⁴ não trouxe novidades no que tange à inviolabilidade domiciliar, tendo consagrado a proteção praticamente nos mesmos termos em que o diploma anterior o fez. A Carta de 1937¹²⁵, por sua vez, de caráter ditatorial, esvazia a proteção, uma vez que, ao admitir “as exceções expressas em lei”¹²⁶, deixou a cargo do legislador ordinário estabelecer as hipóteses em que a violação ao domicílio poderia ser mitigada.

Em termos práticos, o constituinte determinou que a inviolabilidade domiciliar era assegurada aos cidadãos, mas o conteúdo desse direito fundamental e os seus limites não foram fixados, de modo que o legislador infraconstitucional, na vigência

121 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

122 BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

123 *Ibidem*. Acesso em 01 fev. 2017.

124 *Idem*. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 01 fev. 2017.

125 *Ibidem*.

126 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 58.

da Constituição de 1937, poderia determinar livremente em que consistia a garantia e os casos em que ela era inoponível contra o Estado.

A Carta Magna de 1946 reestabeleceu a tradição democrática e fixou a proteção ao domicílio já listando as exceções à regra, conforme se afere da leitura do seu artigo 141, § 15º:

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

§ 15 A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.¹²⁷

A Constituição de 1967¹²⁸ não se afastou da anterior no que concerne ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, tendo trazido redação muito semelhante em seu artigo 153, § 10º e, com isso, demonstrado que tal direito se arraigou no ordenamento jurídico brasileiro.

Basta esse breve esboço histórico para concluir que o direito fundamental ora analisado, no Brasil, é direito imanente à democracia, uma vez que o mesmo esteve presente desde a primeira Constituição do país e só foi menosprezado pelo ordenamento jurídico brasileiro quando o país adotou inspiração política ditatorial. O que permite afirmar que o Brasil como Estado Democrático de Direito não prescinde da inviolabilidade domiciliar, sendo esta uma das bases do estado democrático de direito.

A Constituição Federal de 1988 nasceu no período em que se operava a superação da Ditadura Militar no Brasil. Imbuído do desejo de fugir às características do regime marcado pela supressão das liberdades individuais, o constituinte fez do artigo 5º da Carta Magna brasileira um marco sem precedentes, na história do País, no que tange à defesa de direitos e garantias do cidadão contra a intromissão do Estado na

127 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 01 fev. 2017.

128 *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 20 fev. 2017.

sua esfera particular¹²⁹. Nesse contexto, a garantia insculpida no inciso XI do artigo 5º representa um escudo do cidadão contra a ingerência estatal.

O legislador constituinte determinou serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” no inciso X do artigo 5º para, no inciso subsequente, assegurar que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”¹³⁰.

Há na doutrina quem defenda que a inviolabilidade do domicílio não se identifica com os direitos fundamentais da personalidade outorgados no artigo 5º, X. Quem se filia a essa corrente defende que o inciso XI não protege um aspecto específico da vida privada e intimidade, sustentando que o direito previsto pelo inciso XI, do artigo 5º protege a “privacidade espacial” que não se confundiria com a “privacidade geral”¹³¹.

Entretanto, a esse respeito, prevalece acertadamente a concepção de que o domicílio corresponde à delimitação do espaço físico em que o indivíduo desfruta dos direitos fundamentais previstos pelo inciso X do artigo 5º, da Constituição.¹³² Aury Lopes Jr.¹³³ entende existir uma “conexão instrumental” entre o direito fundamental da intimidade e da vida privada, e a tutela do domicílio. Ambos seriam inspirados pelo valor da dignidade da pessoa humana e a busca pela garantia de um refletiria naturalmente na proteção do outro e vice-versa.

A proximidade dos dispositivos no texto constitucional, bem como uma análise centrada na essência dos institutos leva à conclusão de que tais direitos não podem ser vistos dissociadamente. A proteção ao domicílio carrega um certo caráter

129 AMARAL, Cláudio do Prado. **Inviolabilidade do Domicílio e Flagrante de Crime Permanente**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 20, 95, p. 166, mar./abr. 2012.

130 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 nov. 2016.

131 MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, XI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013. p. 285-290.

132 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 289.

133 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 697.

instrumental, não sendo, portanto, um direito isolado no texto constitucional, mas sim um direito que deve ser tutelado com o escopo de concretizar a proteção aos bens jurídicos de que trata o inciso X.

Não há como fixar o alcance da inviolabilidade em tela, sem antes compreender a amplitude do termo “domicílio” para fins do disposto no artigo 5º da Carta Constitucional.

O Código Civil, em seu artigo 70, determina que “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”¹³⁴. Entretanto, conforme bem salienta Manoel Jorge e Silva Neto¹³⁵, a expressão “casa” não tem o mesmo sentido do termo “domicílio” do Direito Civil. A inviolabilidade prevista pelo artigo 5º, XI não assume a mesma feição que lhe é dada no âmbito da disciplina estabelecida na legislação civil.

O Direito Penal também tem seu conceito de casa. Ao tipificar o crime de violação de domicílio, o legislador, no artigo 150, § 4º, estabelece que casa é “qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou qualquer compartimento não aberto ao público no qual alguém exerça profissão ou atividade”¹³⁶.

O crime previsto na Seção II, do Capítulo dos crimes contra a liberdade individual, corresponde à tutela dada pelo Direito Penal à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Na concepção de Paulo José da Costa Júnior, o *nomen juris* violação de domicílio, eleito pela legislação penal, é, inclusive, impróprio, uma vez que parece restringir o delito tipificado pelo artigo 150 à violação do domicílio definido pela lei civil, quando, em verdade, o crime abrange a violação a “todo lugar de habitação ou atividade privada”, não sendo considerados casa tão somente os

134 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Brasília, DF. 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

135 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 750-751.

136 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em: 11 nov. 2016.

lugares abertos ao público – tais como bares, restaurantes e teatros –, já que estes carecem do “recato indispensável à morada”¹³⁷.

Seguindo essa mesma linha, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior advertem:

O dispositivo constitucional que protege o domicílio – o art. 5º, XI – parece ter uma preocupação mais ampla: proteger a intimidade e a privacidade dos indivíduos. Logo, o domicílio, para efeito da proteção constitucional deve ser considerado uma projeção espacial da privacidade e da intimidade.¹³⁸

É certo que, para assegurar uma maior efetividade do direito fundamental individual de inviolabilidade do domicílio, a extensão do conceito de domicílio deve extrapolar os limites das concepções civilistas. A análise do domicílio em seu viés constitucional é orientada pelo princípio da máxima efetividade, sendo reconhecido como “casa” qualquer espaço íntimo do indivíduo, seja ele o local onde o sujeito efetivamente reside, um quarto de hotel ou escritório profissional, bem como outro local onde ele desenvolva a sua vida particular e exerça o seu direito à intimidade.

O legislador constituinte não consagrou, no inciso XI do artigo 5º, pura e simplesmente a inviolabilidade da residência do indivíduo. O que se buscou foi tutelar o local onde o indivíduo se sinta – e seja assegurado pelo Estado que, de fato, ele esteja – totalmente livre para exercer a sua privacidade, manter suas relações familiares, manifestar a sua liberdade sexual ou tão somente permaneça só, sem que a interferência de terceiros venha figurar como um óbice para tanto.

O artigo 5º, ao definir a casa como asilo inviolável do indivíduo está estabelecendo o direito à segurança do domicílio¹³⁹ e de todo o complexo de valores neste espaço inseridos. Ora, não há que se falar em segurança à intimidade e à privacidade sem que se proteja o local onde estas serão exercitadas. Trata-se tal inviolabilidade, portanto, de um direito à segurança do domicílio, onde este é um bem jurídico inter-relacionado a outros bens jurídicos que, sem a proteção do primeiro, jamais teriam a sua eficácia concretizada de forma plena.

137 COSTA JUNIOR, Paulo José da. As Garantias do Cidadão Brasileiro no Campo Penal. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 109-121.

138 ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 206

139 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 440.

O domicílio deve ser encarado não só como espaço físico utilizado para fins de habitação e moradia, mas sim de maneira mais ampla, representando a relação entre a pessoa e o espaço onde a mesma desenvolve e exercita os seus direitos à intimidade e à vida privada. Esse é o entendimento de Alexandre de Moraes, para quem:

Os direitos à intimidade e à vida privada – consubstanciados em bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de “casa” – garantem uma salvaguarda ao espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, e contra flagrantes arbitrariedades.¹⁴⁰

O respeito ao domicílio, portanto, alberga inúmeros aspectos. O titular do direito fundamental aqui referendado tem o poder de determinar quem, em sua casa, entra, permanece e sai, mas não só isso. Em seu lar, o sujeito exercita as suas liberdades de pensamento, de expressão, profissionais ou lúdicas. Jean Rivero é enfático ao afirmar que a liberdade no domicílio é tão ampla que, quando confrontada com o poder de regulamentação das autoridades policiais, este cessa na “soleira do domicílio”, não interferindo nas atividades ali praticadas¹⁴¹.

Em que pese a importância das garantias fundamentais protegidas pela Constituição vigente, não se pode ignorar o fato de que, diariamente, são perpetradas violações aos mais diversos direitos fundamentais no Brasil de forma institucionalizada, sendo senso comum a premente necessidade de uma mudança de postura dos aplicadores do Direito no que concerne à efetivação das garantias fundamentais, no rol das quais se insere a inviolabilidade de domicílio.

Inicialmente, imperioso se faz posicionar a proteção constitucional ao domicílio no seletivo grupo de direitos fundamentais, os quais não são “apenas” direitos tratados pela Constituição, mas sim, direitos que, além de postos na Constituição, foram eleitos pelo legislador constituinte como inalienáveis do indivíduo e de efetivação prioritária.

Nesse sentido, Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar do tema, ressalta que a positivação dos direitos fundamentais consiste na incorporação destes no ordenamento jurídico, não se resumindo a uma mera positivação que resulte na

140 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 56

141 RIVERO, Jean *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 87.

escrituração de tais direitos em texto de lei, mas sim uma positivação que resulte no enquadramento desses direitos como fontes de Direito de uma forma mais ampla¹⁴².

Um direito fundamental não se concretiza meramente por estar presente nos diplomas legais de um dado ordenamento jurídico. Sua importância é tal que ele deve refletir em todo o ordenamento, seja por meio de artigos de lei, decisões judiciais ou decisões da administração pública – em todos os graus hierárquicos –, de modo que deve transparecer no *modus operandi* de cada agente público, vinculado a este Estado, que ele está sob a regência de um Direito que sustenta e obedece a tais garantias.

Assim, é pouco que exista na legislação infraconstitucional dispositivo que assegure friamente o disposto no artigo 5º, XI da Constituição. A natureza de direito fundamental dessa norma impõe que seja cobrada dos mais diversos operadores do Direito a sua aplicação. Portanto, dada a eminência dessa garantia inscrita na Carta Constitucional, é imperioso que a mesma irradie seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, influenciando desde o legislador na elaboração de leis, até o agente público na realização de diligências policiais, sem olvidar do magistrado que não pode construir uma decisão deixando de lado a ordem constitucional.

A garantia fundamental sob exame não é absoluta, como nenhum outro direito, seja ele fundamental ou não, o é. O domicílio é inviolável desde que o manto da inviolabilidade não sirva como óbice a outros direitos também tutelados pela Constituição.

Sendo assim, no próprio artigo 5º, XI da Carta Magna, está contida uma norma que autoriza restrições ao exercício da inviolabilidade domiciliar. O constituinte estabeleceu um rol taxativo de situações, diante das quais, a urgência e a necessidade legitimam a flexibilização da vedação veiculada no referido dispositivo constitucional.

3.2 HIPÓTESES E REQUISITOS PARA A ENTRADA EM DOMICÍLIO

A Constituição excepciona a proibição à entrada em domicílio sem o consentimento do morador em caso de desastre ou para prestar socorro, diante de flagrante delito

142 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 353.

ou por determinação judicial. O constituinte entendeu que a importância dessas situações faz com que a tutela dos bens jurídicos envolvidos nelas deva prevalecer sobre a privacidade domiciliar. Sem o consentimento do morador, só é lícita a entrada durante a noite nos casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, de modo que, na hipótese da entrada em razão de ordem judicial, esta só pode ser realizada durante o dia.

O ingresso em domicílio sem a anuência do morador nas hipóteses de desastre ou para a prestação de socorro não acende discussões dogmáticas. Desastre é o evento de grandes proporções que coloca em risco a vida ou a integridade física de quem está no imóvel. Enquanto a prestação de socorro autoriza a exclusão da proteção ao domicílio desde que o ocupante do imóvel de fato necessite do socorro e que não tenha como pedir ajuda por meios próprios¹⁴³.

Não há que se falar em quebra da inviolabilidade domiciliar, ainda, quando a entrada é precedida de consentimento livre do morador, independente da forma que se dê a manifestação do mesmo, podendo ser o consentimento tácito ou expresso, desde que seja inequívoco e livre de vícios. Neste ponto, há casos em que pode haver certa dificuldade na identificação de quem tem a titularidade do direito de admitir ou proibir a entrada de terceiros no imóvel. Isto porque, o constituinte usou o termo morador e não o termo proprietário, logo, havendo mais de um morador, tem-se mais de um titular do direito à inviolabilidade domiciliar.

Colocando em termos práticos, nos frequentes casos em que mais de um morador reside no imóvel, havendo discordância entre eles quanto à permissão à entrada ou permanência de outrem no domicílio, é fundamental definir a opinião de que morador deve prevalecer. Nestes casos de habitação coletiva, a doutrina costuma apontar para duas possíveis relações entre os moradores, a relação de igualdade e a relação de subordinação.¹⁴⁴

Existe regime de subordinação quando, dentre os moradores, existe um “superior” ao qual os demais estão subordinados, é o caso do imóvel habitado por pais e filhos, onde os pais são os titulares do *jus prohibendi*. Aos subordinados, só cabe autorizar

143 ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 207.

144 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 107.

ou proibir a entrada de terceiros nos limites de seus aposentos ou, ainda, permitir ou negar a entrada na casa, quando os superiores não se encontrarem no local.¹⁴⁵

Ocorre de maneira diversa quando a relação entre os moradores é de igualdade e, conseqüentemente, todos são titulares do *jus prohibendi*. Verifica-se essa igualdade em repúblicas de estudantes, além dos imóveis habitados por casais. A igualdade entre os cônjuges, inclusive, é assegurada pela Constituição¹⁴⁶ que, no artigo 226, § 5º, estabelece que, no âmbito da sociedade conjugal, o homem e a mulher exercem os mesmos direitos e deveres. Havendo divergência entre moradores que se encontrem em pé de igualdade, prevalece a proibição, em respeito ao princípio *in re communi melior est conditio prohibentis*.¹⁴⁷

Acerca da possibilidade de ingresso em domicílio com mandado judicial, ao determinar a entrada, o magistrado deve demonstrar que a medida é imprescindível e atende aos critérios de oportunidade e conveniência¹⁴⁸. Trata-se de uma decisão judicial que afasta uma imunidade consagrada pela Constituição, portanto, não existe a menor possibilidade de tal ordem judicial ser expedida sem que haja a exposição dos fundados motivos aptos a autorizar a exclusão da proteção constitucional.

O Código de Processo Penal, no artigo 240 e seguintes¹⁴⁹, determina que, diante de fundadas razões que justifiquem uma busca domiciliar, deverá ser expedido um mandado de busca e apreensão, o qual deverá indicar o local em que será realizada a busca, o nome do proprietário ou morador do imóvel, bem como os motivos e finalidades da diligência. Tais buscas só poderão ser realizadas durante o dia, salvo se houver consentimento do morador para que as mesmas sejam executadas no período da noite.

145 LOPES, Karina Nathércia Sousa Lopes. **O Princípio Penal Constitucional da Inviolabilidade de Domicílio**. Revista do Ministério Público – Alagoas, N 12, jan./jun. 2004, Alagoas, p. 92/93.

146 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

147 LOPES, Karina Nathércia Sousa Lopes. *Ibidem*, *loc. cit.*

148 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 435.

149 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Além disso, tendo em vista que a entrada em razão de determinação judicial só pode ocorrer durante o dia e, diante da omissão do legislador quanto à fixação dos períodos correspondentes ao “dia” e à “noite”, coube à doutrina estabelecer critérios para tal definição, porém não existe unanimidade.

De acordo com o critério “físico-astronômico”, verifica-se se é dia ou noite de acordo com a iluminação solar, portanto, as horas compreendidas entre o nascer e o pôr do sol compõem o dia¹⁵⁰. Outra parte da doutrina se filia ao critério do “horário”, segundo o qual, dia é o período compreendido entre 6h e 20h¹⁵¹. Há ainda quem defenda uma aplicação conjunta dos critérios, tendo em vista que, em alguns casos, a iluminação solar continua presente após 18h ou, até mesmo, 20h, como ocorre em alguns locais durante o horário de verão. Para estes, será dia o período compreendido entre 6h e 18h, porém se, após esse horário, “o sol ainda estiver alto”, ainda será dia¹⁵².

A quarta hipótese que justifica a não oponibilidade da garantia fundamental da incolumidade domiciliar é a situação de flagrante delito. O legislador constituinte não estabeleceu o que é flagrante, portanto, é papel do legislador infraconstitucional e da doutrina estabelecer tal conceito de maneira precisa, para que, na prática, os operadores do direito identifiquem quando estão diante da exceção à inviolabilidade domiciliar em tela e quando não estão.

O termo flagrante vem do latim *flagrans* e significa ardente. Flagrante é o ato que ainda está queimando, portanto, é o delito que é visualizado quando ainda está sendo praticado ou acabou de ser cometido, sem intervalo¹⁵³. Na expressão de Raphael Magalhães, flagrante significa a “certeza visual do crime”¹⁵⁴. O flagrante se perfaz quando o sujeito é surpreendido praticando ou tendo acabado de praticar o delito.

150 ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 206.

151 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Vol. I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 709.

152 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 114.

153 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 561

154 MAGALHÃES, Raphael *apud* CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva: 2001, p. 14.

Paulo Rangel aponta para a existência de dois elementos indispensáveis para a caracterização do flagrante, a atualidade e a visibilidade. Atualidade diz respeito à necessidade de a situação estar ocorrendo ou ter acabado de acontecer, sem intervalo de tempo. Visibilidade ou “ocorrência externa ao ato”, por sua vez, é o fato de um terceiro atestar que o fato ocorreu e ligá-lo ao indivíduo que o praticou. Não há flagrante sem que estejam presentes a atualidade e a visibilidade, portanto.¹⁵⁵

Essas são as únicas exceções à vedação constitucional à invasão de domicílio, portanto, qualquer ingresso fora destas hipóteses corresponderá a uma ofensa à Constituição. O direito penal dá tratamento infraconstitucional à matéria, trazendo a invasão de domicílio como fato típico tanto quando é praticada por particular, como quando é perpetrada por autoridade pública, motivo pelo qual é necessário trazer o estudo da inviolabilidade de domicílio para o contexto penal.

3.3 OS CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E ABUSO DE AUTORIDADE

O Direito Penal tutela a inviolabilidade domiciliar por meio de dois tipos penais, que estão previstos respectivamente no artigo 150 do Código Penal¹⁵⁶ e artigo 3º, alínea b, da Lei nº 4.898/65¹⁵⁷. Embora ambos tenham suas raízes fincadas na busca pela proteção da paz domiciliar – que, como visto, é imposta pela Constituição Federal –, existem peculiaridades que diferem os institutos, portanto, por uma questão de facilitação da análise, os delitos em tela serão analisados separadamente.

3.3.1 Do crime de violação de domicílio

O Código Penal de 1830¹⁵⁸ foi uma das primeiras codificações a tratar da violação de domicílio e o fez no artigo 209 e seguintes. O diploma brasileiro, de inspiração francesa, tipificou, no rol dos crimes contra a liberdade individual, a entrada em casa alheia sem o consentimento do morador, salvo em casos de incêndio ou inundação, para prestação de socorro ou quando, no imóvel, alguém estivesse cometendo

155 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 778.

156 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em: 11 nov. 2016. Acesso em 16 mar. 2017.

157 *Idem*. Lei nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em 16 mar. 2017.

158 *Idem*. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Imperio do Brazil. **CLBR**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 16 mar. 2017.

algum crime de violência contra a pessoa. Ademais, foi estabelecida pena maior para quem cometesse o crime de violação de domicílio durante a noite.

O Código Penal republicano, datado de 1890¹⁵⁹, também tipifica a quebra da inviolabilidade de domicílio, porém, tal crime passou a figurar no rol dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais. Enquanto no texto vigente anteriormente, o domicílio era tutelado como uma extensão da personalidade do indivíduo, no código republicano, o domicílio é encarado como um bem jurídico inserido na esfera da intimidade e da privacidade da pessoa.¹⁶⁰

O crime de violação de domicílio, hoje, é previsto pelo caput do artigo 150 do Código Penal¹⁶¹, o qual dispõe que:

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

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

Trata-se de um crime de ação múltipla, uma vez que o dispositivo contém mais de um verbo como núcleo do tipo penal, são eles o verbo entrar e o verbo permanecer. Realizando uma das duas condutas previstas no caput, o autor terá cometido o crime em questão. Nesses casos, embora haja uma duplicidade de condutas, a prática de ambas não significa a prática de dois crimes, em razão de o artigo 150 trazer um tipo misto alternativo. Logo, tanto quem entra ou permanece, quanto quem entra e permanece pratica um único crime.

Por estar inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, não há dúvidas quanto ao objeto tutelado pelo delito, que é a liberdade doméstica e não o patrimônio. A prática do crime de violação de domicílio não fere o patrimônio da vítima, mas sim o seu direito à paz e ao sossego no âmbito do seu lar.

Rogério Greco explica que, no texto legal, o verbo entrar indica uma conduta positiva do autor, enquanto o verbo permanecer corresponde a um comportamento negativo do mesmo. O agente entra quando invade, ultrapassa os limites da casa ou suas

159 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em 16 mar. 2017.

160 GILABERTE, Bruno. **Crimes Contra a Pessoa**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013, p. 328.

161 BRASIL. *Ibidem*. Acesso em: 21 mar. 2017.

dependências. Uma vez estando dentro dos limites da residência lícitamente, o autor permanece quando, contra a vontade do morador, se nega a deixar o local.¹⁶²

Não basta, entretanto, que o sujeito entre ou permaneça em casa alheia ou em suas dependências para que seja caracterizada a violação de domicílio. O próprio caput aduz que a conduta positiva ou negativa do autor deve ser realizada de forma clandestina, astuciosa ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, para que o mesmo esteja incurso nas penas do artigo 150.

O ingresso ou permanência são clandestinos quando realizados de forma oculta, às escondidas, sem o conhecimento do morador. Nos casos em que o agente se vale de algum artifício para induzir o morador em erro, fazendo que, com isso, este consinta com a sua entrada ou permanência a caracteriza como astuciosa. Por fim, a entrada ou permanência ostensiva é aquela realizada contra a vontade do morador, este – expressa ou tacitamente – manifesta o seu dissenso, mas o autor, ainda assim, ingressa no domicílio ou dele não se retira, podendo a entrada ou permanência ostensiva ser caracterizada pelo emprego de violência contra o morador.¹⁶³

O crime de violação de domicílio é um crime comum, portanto, qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo, inclusive o proprietário do imóvel, tendo em vista que, como visto, o bem jurídico tutelado por este delito é a tranquilidade doméstica e não a propriedade. Então, caso a posse do imóvel esteja legitimamente com um terceiro – em decorrência de um contrato de locação, por exemplo –, o proprietário pode vir a praticar o ilícito penal em tela.¹⁶⁴ O sujeito passivo, por sua vez, é o morador que pode consentir ou proibir o ingresso ou a permanência no local. Nos termos do caput, do artigo 150, é o “quem de direito”.¹⁶⁵

Em razão da desnecessidade da ocorrência de qualquer resultado no mundo exterior, o crime é classificado como um crime de mera conduta. Quando o verbo que consubstancia a ação nuclear do tipo for o verbo “entrar”, trata-se de um crime

162 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume II. 12ª. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2015, p. 542.

163 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. volume 2. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 379.

164 *Ibidem*, p. 382.

165 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 647.

instantâneo e considera-se consumado assim que o agente ingressa no imóvel. Já quando o verbo que perfaz o ato criminoso é o verbo permanecer, o crime é de caráter permanente, uma vez que a consumação se protraí no tempo. Nesta hipótese, considera-se sendo consumado o delito até o momento em que o autor desocupa o local.¹⁶⁶

Trata-se de delito que admite a tentativa, conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt:

A tentativa, embora de difícil configuração, é, teoricamente, admissível. Há tentativa quando o agente, pretendendo entrar na casa da vítima, é impedido por esta; ou quando o agente, convidado a retirar-se, pretendendo permanecer no interior da casa alheia, é retirado para fora.¹⁶⁷

Ademais, o elemento subjetivo do crime em tela é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente do autor de entrar ou permanecer em casa alheia ou em suas dependências contra a vontade do morador. Saliente-se que o sujeito deve ter conhecimento de que o imóvel é de terceiro e que esse terceiro não deseja a sua presença no local. Conforme ensina Fernando Capez, haverá erro de tipo, se faltar esse conhecimento, como no exemplo da pessoa que ingressa em domicílio alheio acreditando que adentra em sua própria casa¹⁶⁸.

Além da forma simples, prevista pelo caput do artigo 150, do Código Penal, existe um rol de qualificadoras do crime de violação de domicílio, no § 1º do dispositivo. Nos casos em que o crime é cometido durante a noite ou, ainda que durante o dia, mas em lugar ermo ou com emprego de violência ou de arma, bem como quando a invasão é cometida em conjunto por duas ou mais pessoas, a pena é de “detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência”.¹⁶⁹

Destina-se ao crime de invasão de domicílio um maior juízo de reprovação quando este for cometido por funcionário público. Nesse sentido, o legislador, no § 2º¹⁷⁰, traz uma modalidade qualificada do crime sob exame. No referido dispositivo, o

166 GILABERTE, Bruno. **Crimes Contra a Pessoa**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013, p. 333.

167 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8ª edição São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 649.

168 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 383.

169 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em 21 mar. 2017.

170 *Ibidem*.

legislador determina que aumenta-se um terço da pena quando o crime for perpetrado por funcionário público, em três hipóteses específicas.

A primeira delas é a situação em que o funcionário público entra ou permanece em casa alheia fora das hipóteses legais, sem o amparo da lei. A segunda hipótese dá conta das situações em que o agente público pratica o ato deixando de observar alguma formalidade legal. Por fim, tem-se a hipótese em que o funcionário público ingressa ou permanece em domicílio alheio com abuso de poder, ou seja, ele pratica a sua conduta com excessos.

Ocorre que a Lei de Abuso de Poder (Lei nº 4.898/65) dispõe, no artigo 3º, alínea b¹⁷¹, sobre o crime de violação domiciliar cometido por funcionário público, o qual consiste na prática, por autoridade pública, de qualquer atentado à inviolabilidade de domicílio. Portanto, em homenagem ao princípio da especialidade, o agente público que violar o domicílio fora dos casos legais, com inobservância das formalidades estabelecidas em lei ou com abuso de poder será responsabilizado nos termos da Lei de Abuso de Poder, não estando incurso nas penas do artigo 150 do Código Penal. Tal crime será tratado no próximo tópico.

Algumas circunstâncias, embora não tornem o fato atípico, excluem a ilicitude da conduta. Bitencourt classifica as causas de exclusão da antijuridicidade da conduta em excludentes gerais, excludentes especiais e excludentes constitucionais.¹⁷²

As excludentes gerais estão previstas na parte geral do Código Penal, no artigo 23¹⁷³, e se aplicam a todos os crimes. São elas o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

As excludentes especiais estão ligadas especificamente ao delito de violação de domicílio. Nos termos do § 3º, do artigo 150¹⁷⁴, não constitui crime, a entrada ou permanência em domicílio alheio ou em suas dependências durante o dia, para efetuar prisão ou outra diligência, desde que observadas as formalidades legais, e,

171 BRASIL. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1965 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

172 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 652.

173 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em 01 abr. 2017.

174 *Ibidem*.

durante a noite, quando algum crime estiver sendo praticado ou na iminência de o ser.

Por fim, as excludentes constitucionais são aquelas trazidas pelo artigo 5º, XI¹⁷⁵. Como visto, a própria Constituição, ao fixar a inviolabilidade domiciliar, trouxe exceções à proibição da entrada em domicílio alheio, quais sejam a entrada sem o consentimento do morador em caso de desastre ou para prestar socorro, diante de flagrante delito ou por determinação judicial.

3.3.2. Do crime de abuso de autoridade

Como visto, a casa é o asilo inviolável do indivíduo, sendo proibida a entrada de terceiros, sem o consentimento do morador, salvo nas situações elencadas por um rol taxativo trazido pela própria Constituição. De acordo com a norma penal que tipifica o crime de invasão de domicílio, o termo casa compreende “qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade”¹⁷⁶. O crime de violação de domicílio tutela justamente o direito que todos têm à intimidade e à privacidade, bem como à paz e ao sossego familiar, sendo tais direitos exercitados em um espaço físico delimitado, o qual o constituinte chamou de casa.

Quando o crime de violação de domicílio é cometido por Autoridade Pública, isso enseja um tratamento mais rigoroso do ordenamento jurídico, tendo em vista que os agentes públicos atuam em nome do Estado, logo, quando cometem abusos no exercício de suas funções, isto representa, em última instância, um desrespeito praticado pelo Estado contra as suas próprias regras. Sendo assim, o Código Penal¹⁷⁷ estabelece pena maior para o crime de violação de domicílio quando o mesmo for praticado por Autoridade Pública.

175 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

176 *Idem*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em 04 abr. 2017.

177 *Ibidem*.

Ocorre que, existe um dispositivo na Lei Nº 4.898/65¹⁷⁸ que tipifica exatamente essa conduta e, por se tratar de lei especial, diante do crime de atentado à inviolabilidade do domicílio cometido por agente público no exercício de suas funções, é ela que deve ser aplicada, em detrimento do Código Penal.

A análise feita no tópico anterior girou em torno das situações em que o desrespeito ao preceito constitucional da inviolabilidade do lar é praticado por particulares. A estas situações é que se aplica o crime de violação de domicílio. Na prática, entretanto, é mais comum que a violação ao domicílio ocorra no contexto da persecução criminal, sendo perpetrada por agentes públicos no exercício de suas funções. Por esta razão, é necessário trazer o estudo do crime de abuso de autoridade, uma vez que tal instituto corresponde à tutela penal adequada aos casos de violação de domicílio realizada por autoridade pública.

A Lei Nº 4.898/65¹⁷⁹ veio para disciplinar o direito de representação e o processo de responsabilidade civil, administrativa e penal contra autoridades que venham a cometer abusos no desempenho de suas funções.¹⁸⁰

Esse direito de representação consiste n//o direito de petição previsto pela Constituição, no artigo 5º, XXXIV, a¹⁸¹, que determina que todos têm direito de petição aos Poderes Públicos para proteger direitos ou se insurgir contra ilegalidade ou ato abusivo de poder. Portanto, o direito de representação é o instrumento de que qualquer pessoa pode se valer para pleitear a aplicação de sanção à autoridade que tenha violado direito seu mediante abuso de poder. Acerca da maneira pela qual se dará o exercício desse direito, Fernando Capez explica:

Assim, qualquer pessoa que se sentir vítima de abuso de poder poderá, direta, pessoalmente e sem a necessidade de advogado, encaminhar sua

178 BRASIL. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em 04 abr. 2017.

179 *Ibidem*.

180 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1114.

181 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

delação à autoridade civil ou militar competente para a apuração e a responsabilização do agente.¹⁸²

Dispôs o legislador que o sujeito que se julgue vítima de abuso, praticado por autoridade pública, deverá enviar uma petição, em duas vias, ao superior hierárquico competente para aplicar a respectiva sanção ao autor do ato abusivo ou ao Ministério Público. Independentemente de a representação ser destinada à autoridade administrativa superior ou ao *parquet*, a mesma deverá conter os mesmos requisitos, quais sejam a exposição dos fatos, com todas as suas circunstâncias, a qualificação da autoridade que supostamente praticou o ato e, caso tenha interesse, um rol de – no máximo, três – testemunhas. É importante frisar, ainda, que caso não haja representação do ofendido, nada obsta que o Ministério Público dê início à ação penal por conta própria.¹⁸³

O diploma legal tutela dois bens jurídicos, o regular funcionamento da Administração Pública e as garantias e os direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos pela Constituição Federal. Logo, cada conduta tipificada nesta lei corresponde à lesão a um direito ou garantia fundamental.¹⁸⁴

Os artigos 3º e 4º trazem o rol dos atentados que, quando praticados por autoridade pública, constituem crime de abuso de autoridade. Saliente-se que, conforme o artigo 5º, para fins da Lei de Abuso de Autoridade, autoridade é “quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.¹⁸⁵ O particular só pode ser sujeito ativo de crime de abuso de autoridade quando praticar a conduta típica em concurso com autoridade e desde que tenha ciência desta circunstância.¹⁸⁶

Os crimes previstos neste diploma legal são todos crimes próprios, tendo em vista que só podem ser cometidos por autoridade pública. Quanto ao sujeito passivo, a doutrina é unânime no sentido de apontar para a existência de dois sujeitos

182 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 5ª edição, v. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 21

183 BRASIL. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

184 HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 23.

185 BRASIL. *Ibidem*.

186 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 48.

passivos, o Estado e o indivíduo vítima do ato abusivo. Isto porque um único ato maculado pela abusividade lesiona dois bens jurídicos, sendo o Estado vítima em razão de violação ao regular funcionamento da Administração Pública, e o cidadão comum em decorrência de desrespeito a algum direito ou garantia fundamental que lhe é assegurado pela Constituição.

Sobre o tema, Damásio E. de Jesus aponta que a dupla subjetividade passiva traz o Estado na posição de sujeito passivo mediato, indireto ou permanente, enquanto coloca o indivíduo que sofreu com o ato de abuso de poder como o sujeito passivo imediato, direto e eventual. Embora o autor reconheça a possibilidade de, em determinados casos concretos, não se verificar a existência de dois sujeitos passivos, hipótese em que apenas o Estado figura como vítima de algum ato de abuso, como quando um agente público atenta contra o sigilo de correspondência de um ente público.¹⁸⁷

Por fim, não se admite a modalidade culposa para os crimes previstos nesta lei, só havendo previsão dos mesmos na modalidade dolosa. Além de se configurarem como delitos de atentado ou, na definição de Damásio E. De Jesus, “crimes de empreendimento”¹⁸⁸, uma vez que o legislador prevê que é suficiente que haja o atentado para que a conduta seja punida como se o crime houvesse sido consumado.

Portanto, não há que se falar em punição a título de tentativa, inexistente atenuante para o sujeito que não obtém êxito na empreitada criminosa, para fins da Lei de Abuso de Autoridade.

Feitas essas considerações introdutórias e gerais acerca da Lei Nº 4.898/65, interessa aqui o estudo do crime de abuso de autoridade na modalidade atentado à inviolabilidade domiciliar, tipo previsto pelo artigo 3º, alínea *b*¹⁸⁹.

Conforme já mencionado, os delitos previstos pelo diploma em estudo tutelam, além do bem jurídico denominado de regular funcionamento da Administração Pública,

187 JESUS. Damásio Evangelista. **Do abuso de Autoridade**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/d92a3w.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2017.

188 JESUS, Damásio Evangelista *apud* SANTOS, Paulo Fernando dos. **Crimes de Abuso de Autoridade, aspectos jurídicos da Lei Nº 4.898/65**. São Paulo: Editora Leud, 2003, p. 48.

189 BRASIL. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

algum direito ou garantia fundamental assegurado constitucionalmente. Em se tratando do crime de atentado à inviolabilidade domiciliar, a garantia tutelada pelo tipo penal é a garantia prevista pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal¹⁹⁰, que consiste na garantia à inviolabilidade do lar. A Autoridade Pública não pode ingressar em domicílio alheio de maneira irregular, sob pena de responsabilização criminal pela prática do delito sob exame.

Portanto, comete abuso de autoridade, na modalidade violação de domicílio, todo o indivíduo que, no exercício de cargo, emprego ou função pública, adentra ou permanece em casa alheia ou em suas dependências, sem o consentimento do morador. É que o Estado não pode ignorar os direitos à intimidade e à privacidade que todos os cidadãos têm, sendo a garantia da inviolabilidade de domicílio oponível até mesmo contra autoridades policiais.

A Lei Nº 4.898/65 atribui a Autoridade que comete atentado à inviolabilidade de domicílio sanções tanto no âmbito penal, quanto nas esferas administrativa e civil, levando-se em conta a gravidade do ato praticado. A sanção administrativa consiste em advertência, repreensão, suspensão do cargo – por, no mínimo, cinco e, no máximo, cento e oitenta dias, durante os quais, há perda de vencimentos e vantagens –, destituição de função ou demissão. A sanção civil, por sua vez, corresponde ao pagamento de indenização. Enquanto, na esfera penal, a pena é a detenção por dez dias a seis meses, além do pagamento de multa e a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por até três anos. Saliente-se que as sanções de caráter penal podem ser aplicadas de forma autônoma ou cumulativa e, além disso, quando a autoridade for policial, civil ou militar, além das referidas penalidades, o acusado pode ser proibido de exercer funções de natureza policial ou militar pelo prazo de um a cinco anos no município da culpa.¹⁹¹

De outro vértice, a Constituição autoriza a entrada em domicílio sem o consentimento do titular do *jus prohibendi* a qualquer hora quando há desastre, para

190 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

191 *Idem*. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

a prestação de socorro ou em situação de flagrante delito. A entrada ainda é lícita, durante o dia, para cumprimento de determinação judicial.¹⁹² Neste ponto, é interessante direcionar as atenções aos casos em que o ingresso de agentes policiais em domicílio de supostos autores de crimes é franqueado por circunstâncias que indiquem o flagrante delito ou em razão de cumprimento de mandado judicial.

O legislador ordinário, atento à relatividade da inviolabilidade do domicílio, também elenca hipóteses em que o princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar deve ceder diante das necessidades do Estado. Essas exceções trazidas pela lei ordinária visam conciliar os direitos e garantias fundamentais do homem com as necessidades da sociedade.¹⁹³

Então, não é sempre que a entrada ou permanência de Autoridade Pública em casa alheia ou em suas dependências, contra a vontade dos moradores configurará atentado à inviolabilidade de domicílio. Não é criminosa a conduta de quem, de maneira regular e atendendo aos limites impostos pela legalidade, realiza alguma diligência policial. Nesse sentido, imperioso se faz proceder a uma análise das circunstâncias diante das quais, a entrada ou permanência não só é legítima, como é a medida obrigatória a ser adotada pelo funcionário público.

3.4 A ENTRADA EM DOMICÍLIO COMO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Para que uma conduta seja caracterizada como criminosa, é necessário que ela seja descrita na norma como um crime e que seja contrária à ordem jurídica como um todo. O fato de estar descrito na norma torna o comportamento um fato típico, enquanto a contrariedade ao ordenamento o torna antijurídico. Portanto, entende-se

192 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

193 FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de Autoridade**. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

como ilicitude a relação de contrariedade entre um fato e o ordenamento jurídico como um todo.¹⁹⁴

O artigo 23 do Código Penal¹⁹⁵ traz um rol de causas que excluem a antijuridicidade de determinadas condutas. Trata-se de norma permissiva que tem o condão de afastar o caráter ilícito de certos fatos que, embora típicos, não terão natureza de crime. Indica o dispositivo legal que não há crime nas hipóteses em que o agente pratica o fato em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de direito ou em estrito cumprimento de dever legal. A doutrina costuma chamá-las de discriminantes, tipos permissivos ou excludentes da antijuridicidade.

Em que pese o legislador tenha delimitado os conceitos de estado de necessidade e de legítima defesa nos artigos 24 e 25 do Código Penal¹⁹⁶, respectivamente, não há norma legal conceituando o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal. Assim, o que se tem sobre as excludentes de antijuridicidade previstas pelo inciso III, do artigo 23¹⁹⁷, é fruto do trabalho da doutrina.

Aqui, interessa o estudo da discriminante do estrito cumprimento de dever legal que é o instituto que, na prática, legitima o ingresso ou a permanência de agentes policiais em domicílio alheio, para a realização de diligências, em algumas hipóteses.

A respeito do estrito cumprimento de dever legal, a lição de Nelson Hungria:

Já acentuamos, mais de uma vez, que o direito é um complexo harmônico de normas, não sendo admissível um real conflito entre estas. Assim, se uma norma penal incrimina tal ou qual fato, que, entretanto, em determinados casos, outra norma jurídica, penal ou extrapenal, permite ou impõe, não há reconhecer, em tais casos, a existência de crime.¹⁹⁸

Embora a doutrina costume tratar como sinônimos os termos “excludentes de ilicitude”, “excludentes de antijuridicidade”, “justificativas” e “tipos permissivos”,

194 DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 91.

195 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em 05 abr. 2017.

196 *Ibidem*.

197 *Ibidem*.

198 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 308-309.

quando se trata do estrito cumprimento de dever legal, alguns destes termos soam equivocados para denominar tal excludente.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam que o estrito cumprimento de dever legal não é uma causa de justificação, uma norma permissiva que autoriza que o agente pratique a conduta, uma vez que neste caso, o agente tem a faculdade de adotar o comportamento justificadamente ou simplesmente não adotá-lo, sabendo que em qualquer destas hipóteses, não acarretará ilicitude. Quem não cumpre um dever jurídico, por sua vez, sofre punição, portanto, não é facultado ao sujeito escolher a conduta a ser praticada, existe um dever jurídico que embora consista em um fato típico, deve ser cumprido.¹⁹⁹

O fato é que há situações em que determinada conduta é imposta pela lei e, independentemente de a mesma gerar lesão a bem jurídico tutelado pelo ordenamento, não se verificará ilicitude quando o agente praticá-la, uma vez que ele age em obediência a uma ordem legal.

Os clássicos exemplos do carrasco que executa sentença de morte e do carcereiro que mantém o preso encerrado em sua cela são bem ilustrativos.²⁰⁰ Nestas hipóteses, verifica-se a ocorrência de fatos típicos, porém não há que se falar em ilicitude. Embora haja ofensa aos bens jurídicos vida e liberdade, respectivamente, os agentes estão cumprindo deveres que lhe foram impostos legalmente, portanto, suas condutas flutuam na órbita da legalidade.

O estrito cumprimento de dever legal parece ser a excludente de antijuridicidade mais aplicada na prática. Isto porque, em última instância, é ela que legitima a realização de diligências policiais em domicílios de supostos criminosos.

Ora, se a Constituição Federal²⁰¹ estabelece que o domicílio é inviolável e a Lei de Abuso de Autoridade²⁰² prevê que constitui crime de abuso de autoridade qualquer

199 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 524.

200 BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 299.

201 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

202 *Idem*. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

atentado à inviolabilidade de domicílio praticado por funcionário público, no exercício de suas funções, então, o agente policial que entra em domicílio alheio sem consentimento do morador está praticando um fato típico, há nessa conduta violação a bens jurídicos tutelados constitucional e infraconstitucionalmente.

Entretanto, cotidianamente, há situações diante das quais é dever legal dos agentes públicos violar o domicílio alheio para fazer cessar a prática de possíveis atividades criminosas. É corriqueiro o conflito entre o trabalho da polícia e a inviolabilidade de domicílio, nas situações em que é necessário efetuar a prisão em flagrante de sujeito que esteja nos limites de seu domicílio, bem como quando se deve realizar buscas e apreensões em imóveis protegidos pela imunidade domiciliar.²⁰³

Em nome da proteção a bens jurídicos caros ao ordenamento brasileiro – tais como a segurança pública e o combate ao crime organizado –, existe o dever legal que impõe que o policial aja diante de situações de flagrante delito com o escopo de que atividades ilegais sejam cessadas. Não há que se discutir que, caso estejam sendo praticados delitos no interior de um imóvel, a autoridade pública deve interferir para que a prática criminosa seja interrompida e as correspondentes medidas legais sejam adotadas.

Então, a polícia tem a obrigação de ingressar em domicílio alheio ou em suas dependências, ainda que durante a noite e ainda que sem o consentimento do morador quando, no contexto de uma persecução penal, se depare com situação de flagrante delito. Não comete crime de abuso de autoridade o agente que cumpre com este dever legal dentro dos limites legais, uma vez que, a estes casos, aplica-se perfeitamente a excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal.

Caso a entrada não se dê de maneira regular, entretanto, não se verifica o cumprimento de um dever legal, mas sim um ato abusivo de autoridade. A linha entre o cumprimento do dever legal e o abuso de autoridade, nestes casos, é tênue e a lei não admite que sejam realizadas invasões a domicílio sem que estejam presentes os requisitos legais.

203 CASTELO BRANCO, TALES. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 146.

O mesmo ato pode configurar um crime ou o cumprimento de um dever, tudo depende das circunstâncias em que o mesmo é praticado e da interpretação dada aos institutos jurídicos envolvidos. O confronto entre a inviolabilidade de domicílio e o interesse da segurança pública foram objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal recentemente e as premissas fixadas influem diretamente na caracterização de uma entrada forçada como lícita ou ilícita.

4 TRÁFICO DE DROGAS E INVASÃO DE DOMICÍLIO

A Constituição Federal, em diversas passagens, manifesta preocupação com a problemática das drogas e abriga, no artigo 5º, XLIII, um mandado de criminalização ao tráfico de drogas, o qual determina que a lei deverá considerar crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras práticas, o tráfico ilícito de entorpecentes²⁰⁴. A Lei nº 11.343/06²⁰⁵ é quem cumpre esta determinação constitucional, ao estabelecer todo o regramento aplicável às questões atinentes ao uso e à comercialização de entorpecentes.

O crime de tráfico de drogas está previsto no *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas e consiste em um delito de ação múltipla, uma vez que o dispositivo prevê mais de uma ação como núcleo do tipo penal. Pratica o referido crime, o sujeito que fabrica, produz, prepara, adquire, vende, expõe à venda, importa, exporta, oferece, traz consigo, remete, transporta, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo, fornece ou têm em depósito drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar²⁰⁶. Assim, basta que o agente incorra em um destes verbos, para que se configure o crime de tráfico de drogas, bem como se o mesmo praticar todas as referidas ações, terá cometido um único crime.

O artigo 33, da Lei de Drogas tutela, imediatamente, o bem jurídico da saúde pública e, mediadamente, a saúde individual das pessoas. Por isso, o sujeito passivo é a coletividade, tendo em vista que a saúde pública é um bem jurídico supra-individual e contempla não só a integridade física dos usuários, como também a integridade social.²⁰⁷ Para que se configure o crime de tráfico, não há que ser aferido o dano, bastando que seja comprovada a prática de uma das condutas previstas no tipo

204 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

205 *Idem*. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

206 *Ibidem*.

207 CUNHA, Rogério Sanches. Título IV: da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 173-238.

penal. Ademais, não se trata de um crime próprio, tendo em vista que qualquer pessoa pode cometê-lo²⁰⁸.

Algumas das condutas previstas pelo artigo 33, da Lei Antitóxicos podem ser enquadradas como crimes permanentes, o que, na prática tem permitido uma série de ofensas ao princípio da inviolabilidade de domicílio no curso da persecução penal²⁰⁹.

Como se sabe, a consumação dos crimes permanentes se prolonga no tempo e, enquanto a prática delitiva não cessa, perdura o estado de flagrância. Estado de flagrância, este, que consiste em uma das hipóteses diante das quais o texto constitucional autoriza a violação de domicílio. Então, quando o agente comete um crime permanente em seu domicílio, tendo em vista que, até parar de cometer a infração, estará em situação de flagrante delito, a sua conduta acaba por tornar lícita a invasão do local.

Cumprir destacar que a entrada forçada e sem autorização judicial deve ser encarada como última ratio pelos prepostos do estado, uma vez que a inviolabilidade do lar é um direito fundamental de todos os cidadãos, se não houver necessidade de entrar com urgência no local, deve ser providenciado um mandado judicial para franquear a entrada, de modo que não prosperem afrontas ao princípio da inviolabilidade de domicílio.

As constantes notícias sobre a prática de arbitrariedades pela polícia no curso das diligências ligadas à investigação e ao combate ao tráfico de drogas, entretanto, refletem um verdadeiro descaso com o mandamento constitucional sob exame. Na realidade, a invasão de domicílio nos bairros mais humildes se banalizou e a garantia veiculada pelo artigo 5º, XI, da Carta Magna²¹⁰, parece ter se esvaziado.

A matéria repercute tanto socialmente que é constantemente objeto de manifestação doutrinária, além de ter sido recentemente objeto de deliberação no STF, motivos

208 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 80.

209 PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 114.

210 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

pelos quais, merecem ser feitas algumas ponderações mais aprofundadas acerca do tema.

4.1 CONSEQUÊNCIAS DO ENQUADRAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMO CRIME PERMANENTE

Alguns crimes da Lei nº 11.343/06²¹¹ não se consumam em um único momento. Ao contrário, são delitos que têm a sua consumação prolongada no tempo, razão pela qual têm natureza de crimes permanentes. Conseqüentemente, o sujeito ativo, nestes casos, está permanentemente em estado de flagrância, tendo em vista que o flagrante existe enquanto o crime está sendo praticado. Então, na medida em que a consumação se protraí no tempo, enquanto não cessar o cometimento de tais crimes, perdurará o estado de flagrância²¹².

A consumação dos crimes permanentes se protraí no tempo, logo, até que o autor pare de praticar a conduta prevista pelo tipo penal, o bem jurídico por este tutelado é continuamente violado, é o que prevê o artigo 303 do Código de Processo Penal²¹³. Assim, enquanto se consuma a infração penal, persiste o flagrante.

É o caso do crime de tráfico na modalidade em que se o delito se perfaz na conduta do agente consistente em manter drogas ou guardá-las em depósito. Enquanto os entorpecentes estiverem em depósito, o crime estará sendo consumado e, portanto, permanecerá a situação de flagrância.

Nélson Hungria explica que ter uma coisa em depósito significa tê-la à sua disposição, enquanto que guardar significa reter algo em nome de outra pessoa.²¹⁴ Para fins de caracterização do delito de tráfico, contudo, pouco importa se o agente

211 BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

212 CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 67.

213 BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.h#art2044>. Acesso em 03: mai. 2017.

214 HUNGRIA, Nélson *apud* GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 84.

retém a droga para si ou para outrem, estará, nas duas situações, incurso nas penas do artigo 33, da Lei Antitóxicos²¹⁵.

Na prática, trata-se de um crime que comumente é consumado no interior do domicílio de quem o pratica. Neste caso, o morador que tem droga depositada ou guardada em sua casa está permanentemente em situação de flagrante delito e é aí que se chocam dois valores assegurados constitucionalmente. De um lado a tutela à saúde pública, por meio da repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e, de outro, a proteção à intimidade e à vida privada asseguradas pela inviolabilidade de domicílio.

A inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XI²¹⁶. Tal garantia, de acordo com José Afonso da Silva, consiste no reconhecimento, por parte da Constituição, de que todo homem tem o direito fundamental a um lugar onde, só ou na companhia de familiares e amigos, gozará de privacidade e intimidade, o que deve ser respeitado, uma vez que consiste em uma sagrada manifestação da pessoa humana²¹⁷.

Entretanto, tal garantia não é absoluta, existem exceções estabelecidas pela própria Constituição Federal. Interessa aqui a autorização constitucional à violação de domicílio na hipótese de flagrante delito. O constituinte entendeu que a inviolabilidade do lar não pode servir de escudo para o cometimento de crimes. O domicílio é o local onde o sujeito tem liberdade para exercer seu direito à privacidade e à intimidade, só ou com sua família, mas, quando o mesmo se vale destes direitos para adotar práticas delituosas, há um uso inadequado de tais liberdades. Assim, diante de situação de flagrante delito, é autorizada a entrada ostensiva em domicílio alheio ou em suas dependências, sem mandado judicial, independente da hora e mesmo que o morador não consinta com o ingresso, com o objetivo de fazer cessar a prática delitiva, bem como para que sejam adotadas as providências legais.

215 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 84-85.

216 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2017.

217 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 206.

Dinorá Grotti elenca as situações em que a invasão de domicílio se torna lícita, sob o pretexto de estarem presentes os elementos caracterizadores de um flagrante. São elas a hipótese em que dentro do imóvel está sendo praticada uma infração penal, bem como o caso em que o agente, embora tenha praticado o delito fora da casa, ingressa no imóvel com o intuito de homiziar-se nele. Neste caso, se não houver perda do contato visual entre a guarnição e o sujeito, não se aplica a inviolabilidade domiciliar, sendo permitida a entrada da equipe ao local para alcançar o indivíduo.²¹⁸

A exceção constitucional sob exame é legítima, na medida em que há casos em que não é possível aguardar a expedição de um mandado judicial para que haja uma intervenção estatal. Apenas a imediata atuação da polícia ou, mesmo, de particulares que estejam em condições de agir, pode fazer cessar uma atividade criminosa, bem como salvaguardar direitos de maneira tempestiva²¹⁹.

A doutrina entende que o estado de flagrância existe quando se está cometendo ou se acabou de cometer, sem intervalo algum, infração penal²²⁰. Como visto, a pessoa que guarda ou mantém em depósito drogas em sua residência está praticando um crime permanente e, portanto, está permanentemente em situação de flagrante²²¹.

Embora a Constituição excepcione a inviolabilidade do lar, nos casos em que a sede das atividades delituosas se confunde com o domicílio do infrator, os órgãos de persecução penal não podem se valer de tal permissivo constitucional para invadir domicílios de maneira arbitrária e sem atender aos requisitos legais.²²²

Não se pode perder de vista que tal medida é uma exceção constitucional, não corresponde à regra. Logo, sua interpretação deve ser restrita, tendo em vista que se trata de uma medida extremamente invasiva e que existem outros meios menos gravosos para reprimir a criminalidade na modalidade do tráfico de drogas. A entrada imediata só é necessária quando se verifica a urgência, caso contrário, deve-se recorrer ao Judiciário para a obtenção de um mandado judicial.

218 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 111.

219 PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 115.

220 CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 148.

221 PRADO, Daniel Nicory do. *Ibidem*, p. 114.

222 CASTELO BRANCO, Tales. *Ibidem*, *loc. cit.*

Há de ser considerada a prática recorrente de muitos policiais que se comportam como se integrassem verdadeiras “tropas de ocupação”²²³, na medida em que invadem domicílios, em bairros onde residem famílias de classes sociais menos favorecidas, rotineiramente para procurar drogas e petrechos ligados ao tráfico, sob a alegação de estarem diante de situação de flagrante delito, quando, em verdade, são situações de mera suspeita e onde não se verifica a necessidade de intervenção imediata da polícia.

Partindo para a realidade prática, Daniel Nicory do Prado sintetiza:

Em suma, nos bairros pobres, os indivíduos estão vulneráveis, permanentemente, ao ingresso de policiais sem mandado, com fundamento em delações anônimas que, se se provarem falsas, em nada resultarão, nem para o agente público, nem para o “delator” não identificado. Nos bairros ricos e de classe média, a cautela adotada é outra, justamente pelo temor que o agente carregará de ser responsabilizado civil, administrativa e até penalmente pela arbitrariedade de sua conduta. Aqui, dirão os adeptos da criminologia crítica, tem-se mais um gritante exemplo da seletividade do sistema penal.²²⁴

O que acaba por legitimar este *modus operandis* da polícia é o fato de, muitas vezes, dessas invasões, resultarem buscas e apreensões de entorpecentes. Contudo, do ponto de vista legal, pouco importa o resultado destas diligências, o ingresso em domicílio fora das hipóteses legais – a mera suspeita não é uma delas – viola a Constituição Federal e quanto a isso não há o que se discutir.

É que a legalidade da conduta dos agentes públicos deve ser aferida levando-se em conta os elementos que estes possuíam no momento da tomada de decisão a respeito da entrada em domicílio e não de acordo com o resultado desta entrada. Entendimento diverso implicaria em julgar ilícita uma entrada em domicílio lastreada por firmes indicativos da prática de traficância no interior do imóvel que, entretanto, não resultou em apreensão de drogas e, de outro lado, reputar lícita uma entrada em domicílio decorrente de completa arbitrariedade dos prepostos do estado que, porém, resultou em apreensão de drogas.

Não basta que um crime permanente esteja sendo praticado no interior do imóvel para que seja considerada lícita a quebra da proteção ao domicílio, sob o pretexto

223 CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 148.

224 PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 116.

de tratar-se de situação de flagrante delito. Só é lícito o ingresso em domicílio, nestes casos, quando o estado de flagrância seja manifesto antes da entrada dos agentes públicos no asilo inviolável²²⁵.

Em um estado democrático de direito, violações a direitos fundamentais não podem ser perpetradas em nome do resultado. No processo penal, os fins não justificam os meios. A polícia não pode adotar a medida extrema de afastar uma garantia constitucional no curso da persecução penal, sob a alegação de que o sujeito estava em “atitude suspeita”, de que houve “movimentação estranha” no imóvel ou de que foram feitas denúncias anônimas dando conta de que havia drogas no local.²²⁶ Os agentes públicos devem avaliar se, da perspectiva de quem se encontra fora do imóvel, é possível verificar a existência de elementos que caracterizem o flagrante delito.²²⁷

Ainda nesta linha de intelecção, Tales Castelo Branco defende que a violação de domicílio só pode ser realizada quando houver certeza visual do crime e que, em caso de prisão em flagrante decorrente de busca e apreensão praticada de forma irregular, esta não poderá ser mantida, independentemente de posterior constatação da prática do ilícito no local invadido²²⁸.

A questão da regularidade do flagrante recai diretamente em uma análise da licitude da prova obtida por meio desse flagrante, tendo em vista que quando o ingresso forçado da guarnição no imóvel não se ampara na exceção constitucional do flagrante delito, todo o resultado da diligência fica comprometido, a prisão em flagrante e as provas obtidas no local se tornam ilícitas.

225 ROSA, Alexandre de Moraes da. Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. **Revista Consultor Jurídico**. Ago., 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

226 *Idem*.

227 SARLET, Ingo Wolfgang. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. **Revista Consultor Jurídico**. Dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

228 CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 148.

4.2 O RE 603.616-STF: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA INVASÃO DO DOMICÍLIO COMO FONTE PROBATÓRIA LEGÍTIMA PARA A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO

Em 05 dezembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, com repercussão geral conhecida, e, por maioria dos votos, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, firmou o seguinte entendimento:

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.²²⁹

O Supremo foi instado a se manifestar acerca da possibilidade da quebra da inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito de crime permanente, tendo em vista que, na prática, havia muitas controvérsias em torno do tema. Era necessário delimitar o alcance da cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar, definir os elementos caracterizadores do flagrante nos casos de crime permanente e estabelecer de que forma estas questões repercutem na licitude ou ilicitude da prova obtida no curso destas diligências de controvérsia legalidade.

No caso concreto, o Ministério Público do Estado de Rondônia promoveu uma ação penal contra Reinaldo Campanha e Paulo Roberto de Lima, em que imputava aos acusados a prática dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, majorados pelo tráfico interestadual de drogas, delitos previstos, respectivamente pelos artigos 33, 35 e 40, V, da Lei 11.343/06.

De acordo com a denúncia, Policiais Federais haviam recebido denúncias anônimas dando conta de que Paulo Roberto de Lima e Reinaldo Campanha transportariam substâncias entorpecentes na carroceria de um caminhão, motivo pelo qual, a guarnição passou a monitorar o trajeto do caminhão indicado nas denúncias. Após alguns dias de acompanhamento do veículo, a guarnição abordou o caminhão conduzido por Reinaldo Campanha, em uma estrada federal, e, após buscas no

229 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 04 mai. 2017.

veículo, foram encontradas 23,421 kg de cocaína. Indagado pelos Policiais Federais a respeito da origem do material, Reinaldo teria informado que as drogas pertenciam a Paulo Roberto, de quem teria recebido a quantia de R\$ 200,00, para realizar o transporte das mesmas.

Ato contínuo, os agentes públicos se deslocaram até a residência de Paulo Roberto e entraram no local, durante a noite, sem mandado de busca e apreensão e sem o consentimento do morador. Procedidas às buscas, foi encontrada uma porção de cocaína, com massa bruta de aproximadamente 8,542 kg, no interior de um veículo que se encontrava na garagem do imóvel. Em razão da apreensão dos entorpecentes, tanto Reinaldo, quanto Paulo Roberto foram presos em flagrante.

Embora a defesa de Paulo Roberto tenha arguido a preliminar de nulidade do processo, em razão de ilicitude da prova obtida mediante violação de domicílio, os réus foram condenados em primeira instância por todos os crimes apontados na denúncia.

A decisão foi reformada, em sede de apelação, para afastar a majorante do artigo 40, V, da Lei 11.343/06, bem como para absolver os réus do crime previsto pelo artigo 35, do mesmo diploma, tendo sido mantida, entretanto, a condenação de ambos pelo crime de tráfico de drogas.

Inconformada com a decisão, a defesa de Paulo Roberto opôs dois embargos de declaração, sob o argumento de que o acórdão que manteve a condenação pelo crime de tráfico de drogas foi omisso quanto à tese de que as provas foram obtidas com violação à Constituição Federal e, portanto, seriam ilícitas. Após os dois embargos não terem sido providos, Paulo Roberto, então, interpôs Recurso Extraordinário, devolvendo a matéria ao Supremo, com fulcro no artigo 102, III, alínea a, da Constituição Federal²³⁰.

Nas razões do Recurso Extraordinário, o recorrente sustentou que a diligência que resultou na apreensão dos entorpecentes, no interior do veículo que se encontrava estacionado na garagem de sua residência, violou o disposto no artigo 5º, XI, da Constituição, uma vez que os policiais federais entraram à força em sua casa, no

230 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2017.

período noturno, sem fundadas razões para justificar a invasão e contra a vontade do recorrente. Assim, teria havido violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.²³¹

Tendo em vista que a colheita da prova teria se dado mediante a violação de um preceito constitucional – disposto no 5º, XI –, asseverou o recorrente que houve afronta à vedação da admissibilidade de provas ilícitas no processo, prevista pelo artigo 5º, LVI, da CF/88, já que, na fundamentação da sentença condenatória, foi utilizada a prova ilícita, para embasar a decisão.²³²

Ademais, sustentou que houve desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados expressamente pela Constituição no artigo 5º, LV, porquanto a decisão recorrida teria se baseado apenas nos elementos de prova colhidos na fase de inquérito, não tendo, portanto, passado pelo crivo do contraditório e sem que tenha sido oportunizado ao recorrente o exercício da ampla defesa.²³³

Com base em tais argumentos, o recorrente pugnou pelo reconhecimento por parte do Supremo da ocorrência de tais violações ao texto constitucional, para que fosse dado provimento ao Recurso Extraordinário, de modo a determinar a anulação das provas ilícitas e o seu desentranhamento dos autos, bem como a remessa do processo à instância inferior, para que fosse proferida nova decisão.²³⁴

Admitida a repercussão geral no tocante à alegação de violação ao artigo 5º, LVI e XI, da Constituição Federal, as Defensorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo solicitaram o ingresso no feito como *amicus curiae*, em razão da relevância constitucional do tema objeto do julgamento, o que foi deferido.²³⁵

231 BRASIL. Tribunal de justiça do Estado de Rondônia. **Recurso Extraordinário**. Autos nº 102.501.2007.004483-5. Porto Velho, 20 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550960#6%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20recurso%20extraordin%E1rio>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

232 *Ibidem*.

233 *Ibidem*.

234 *Ibidem*.

235 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

Em sessão plenária, em 04 de novembro de 2015, após sustentação oral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, como *amicus curiae*, o julgamento do recurso de relatoria do Ministro Gilmar Mendes foi suspenso, tendo sido retomado na sessão plenária do dia 05 de novembro de 2015. Nesta ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidiu por maioria, seguindo o relator, negar provimento ao Recurso Extraordinário nº 603.616 e fixar a tese de acordo com a qual é permitida a entrada em domicílio sem mandado judicial, mesmo durante a noite, quando houver fundadas razões que indiquem que dentro do imóvel ocorre situação de flagrante delito, salientando que tais “fundadas razões” devem ser justificadas posteriormente, sob pena de a autoridade pública ser responsabilizada (civil e penalmente) e de nulidade dos atos praticados.²³⁶

Até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, a posição adotada pelo Supremo a respeito da matéria sob exame, consistia na afirmação, sem ressalvas, de que era permitido o ingresso da autoridade pública em domicílio alheio ou em suas dependências, sem o consentimento do morador, nas hipóteses de flagrante delito de crime permanente. Interpretava-se o artigo 5º de maneira literal, já que o texto dispõe que é permitida a entrada em domicílio em caso de flagrante delito e, uma vez que, nos crimes permanentes, a consumação e, conseqüentemente, a flagrância se protraí no tempo, então, a caracterização de um crime como permanente, por si só, era suficiente para autorizar a violação de domicílio.

Em caso de flagrante, a entrada era tida como lícita. Caso contrário, se houvesse invasão de domicílio sem que houvesse situação de flagrante delito no interior do imóvel, a ação da polícia ganharia contornos de ato abusivo e os agentes ficariam sujeitos à imputação de crime de abuso de autoridade, nos termos do artigo 3º, alínea *b*, da Lei nº 4.898/65²³⁷.

Gilmar Mendes, em seu voto, pontua que este entendimento colocava o policial em uma situação complicada, tendo em vista que, ao decidir entrar no imóvel onde supostamente estaria sendo praticado um crime permanente, ele estaria sob o risco de cometer um crime de abuso de autoridade, caso a diligência fosse infrutífera, no

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ BRASIL. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 6 mai. 2017.

sentido de não serem encontradas provas da prática delitiva no local. A realidade prática aponta que esta situação gera um “perigoso incentivo” ao policial, ele ingressa no imóvel com interesse direto e pessoal de encontrar provas da infração penal para esquivar-se de possível acusação de abuso de autoridade.²³⁸

Este é o risco que se corre quando se julga a ação policial pelo seu resultado e não pelos elementos que os agentes públicos tinham no momento em que decidem proceder desta ou daquela maneira e, como visto, em um estado democrático de direito, é inadmissível que os fins justifiquem os meios. Assim, os ministros do Supremo Tribunal Federal foram unânimes em reconhecer que a avaliação da diligência com base no resultado e não nos elementos que se tinha antes da sua realização contrariava a interpretação sistemática da Constituição e fragilizava o núcleo essencial da garantia da inviolabilidade de domicílio, na medida em que não combatia as buscas arbitrárias.

Havia a premente necessidade de estabelecer uma interpretação que a um só tempo efetivasse o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e, em nome dos interesses da segurança pública, traçasse linhas mais bem definidas para orientar os agentes públicos quanto aos limites de sua atuação na persecução penal.

Outra tormentosa questão girava em torno de identificar em que situações a entrada prescindia de mandado judicial ou, ao contrário, só poderia se realizar mediante a apresentação deste. O relator pontuou a importância do controle judicial prévio da busca e apreensão, tendo em vista o caráter invasivo da medida. É que a avaliação do agente de segurança pública envolvido nas investigações dificilmente será completamente neutra e imparcial, já que o mesmo se encontra inserido no empreendimento de solucionar o crime. De outro lado, o juiz está suficientemente afastado da situação e pode avaliar se estão presentes fundadas razões que motivem a ingerência estatal, de modo que, ao lançar sobre a questão o seu olhar neutro e desinteressado, tome a medida mais justa e apropriada.

Gilmar Mendes reconheceu, contudo, que o problema reside nos casos em que a entrada deva ser imediata, já que a prática do crime é flagrante e não há tempo hábil

238 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

para aguardar o envio de um mandado que autorize a intervenção estatal. Se a própria Constituição autoriza a entrada imediata em situação de flagrante delito, é porque em determinados casos, não sendo imediata a intervenção, esta será inócua e o crime prosperará²³⁹.

O relator explica que a situação de flagrante é suficiente para que se presuma a urgência da intervenção, ainda que o crime não envolva grave ameaça à pessoa, este é o fundamento da exceção constitucional sob exame. Como no crime de tráfico de drogas, em que a droga está guardada ou depositada em casa, há um lapso temporal entre a consumação do crime e o seu exaurimento, o sujeito se mantém em estado permanente de flagrância, autorizando assim a entrada no imóvel sem mandado judicial prévio²⁴⁰.

Partindo de tais premissas, reafirmou a importância do permissivo constitucional que autoriza a entrada em domicílio diante de situações de flagrante delito, porém, reconheceu que a interpretação literal do dispositivo levava a uma ausência total de controle, até porque não está ao alcance da polícia a certeza acerca da prática delitiva no imóvel, motivo pelo qual afirmou ser necessário adotar uma nova interpretação capaz de compatibilizar os direitos de liberdade com os interesses da segurança pública. Assim, uma das soluções propostas consiste na imposição de um controle judicial *a posteriori*, através do qual, ao analisar a regularidade da prisão em flagrante, o magistrado verifique se, no momento em que a guarnição decidiu pela invasão do local, havia fundadas razões que caracterizassem a suspeita de que no local se perpetrava um crime permanente.

É inegável que a tese proposta pelo ministro representa uma evolução se comparada com a tese adotada pelo Supremo anteriormente. O fato é que, até então, a constatação posterior à invasão de que no domicílio se praticava infração de natureza permanente era suficiente para legitimar a entrada forçada dos prepostos do Estado no local, pouco importando se os agentes baseavam-se em elementos desprovidos de valor probatório para se convencer acerca do flagrante e adotar a medida invasiva.

239 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

240 *Ibidem*.

O ponto positivo da mudança proposta pelo relator reside na possibilidade de uma posterior impugnação da busca e apreensão, mesmo que ela tenha dado resultados, tendo em vista que a validade da medida é avaliada com base nos elementos que se tinha antes da sua realização. No mesmo sentido, os agentes públicos não se sentirão mais pressionados a constatar a ocorrência de infração penal no domicílio, agirão em estrito cumprimento de dever legal desde que a entrada tenha sido motivada por fundadas razões. A tendência é que haja menos situações de flagrantes preparados, uma vez que o agente não terá mais a preocupação em justificar suas ações com base no resultado das diligências.

O Ministro Ricardo Lewandowski até ensaiou fazer um contraponto à tese proposta por Gilmar Mendes, lembrando que na “vida real”, é extremamente comum a prática adotada pela polícia de invadir domicílios mais humildes e, em seguida apresentar na delegacia, de forma oral, uma justificativa qualquer para a invasão, sem que haja um rigoroso escrutínio acerca da veracidade das razões alegadas para o ingresso forçado em domicílio alheio ou em suas dependências. Partindo desta premissa, o ministro chegou a sugerir que se estabelecesse a imposição de que tal justificativa fosse dada por escrito e que houvesse a possibilidade de responsabilização dos agentes, caso não se comprovasse efetivamente a existência das razões alegadas²⁴¹. Entretanto, Gilmar Mendes classificou como “excessiva” a exigência de fundamentação escrita, diante da complexidade das operações policiais. Deste modo, após encontrar certa resistência no decorrer dos debates, principalmente por parte do Ministro Luiz Fux, acabou aderindo à tese do relator em sua integralidade.

Os demais ministros, Celso de Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Edson Fachin, Dias Toffoli e Teori Zavascki, endossaram a tese proposta por Gilmar Mendes, à exceção do Ministro Marco Aurélio que apontou para a necessidade de tratar a inviolabilidade de domicílio estatuída pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal como a regra e não como a exceção. O ministro assevera que, no caso concreto, os policiais decidiram invadir o domicílio a partir, exclusivamente, da alegação de Reinaldo Campanha de que as drogas que transportava eram de propriedade de Paulo Roberto. Então, a palavra do corréu foi o único elemento a

241 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

apontar para o suposto envolvimento do recorrente com o tráfico de drogas e os policiais entenderam que era motivo suficiente para entrar na residência de Paulo Roberto, sem um mandado de busca e apreensão²⁴².

Prosseguiu o ministro, asseverando que não houve fundadas razões para justificar a invasão perpetrada e que, partindo de suposições, a garantia constitucional foi posta em segundo plano. Em seu voto, defende que as informações prestadas por Reinaldo deveriam ter sido levadas ao Judiciário para que, se fosse o caso, fosse expedido um mandado de busca e apreensão que autorizasse as diligências no local.

Sendo assim, votou pelo provimento do recurso, sob o argumento de que, observadas as balizas objetivas do caso concreto não havia sustentáculo para a condenação de Paulo Roberto. De acordo com a sua compreensão acerca do caso concreto, a mera indicação de Reinaldo não correspondeu a um flagrante e, uma vez que não havia situação de flagrância, a entrada só poderia se realizar mediante apresentação de autorização judicial. Porém, como se sabe, Marco Aurélio foi vencido no julgamento do Extraordinário, tendo sido aceita a já mencionada tese proposta por Gilmar Mendes.

Embora o relator e os demais ministros tenham se cercado de cuidados no momento de definir o novo entendimento a ser adotado, os avanços trazidos pela nova interpretação da cláusula de inviolabilidade de domicílio se mostram insuficientes diante das tensões fáticas verificadas no dia-a-dia da polícia.

A tese firmada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616 frustrou as expectativas daqueles que esperavam que, finalmente, a Corte Constitucional avaliasse a extensão do conceito de flagrante delito e estabelecesse critérios objetivos para possibilitar, diante de casos concretos, a identificação de um ingresso forçado em domicílio como uma intervenção estatal legítima ou como uma ofensa à Constituição Federal.

242 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

O julgamento sob exame não atacou frontalmente a vagueza de alguns conceitos veiculados no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, de modo que a aplicação da norma constitucional tende a continuar produzindo as controvérsias já mencionadas.

É que o Supremo parece ter tentado, por meio de um jogo de palavras, sanar uma dúvida, porém acabou por criar outra. Não houve evolução significativa, na prática, o que se fez foi “trocar seis por meia dúzia”. Se antes se discutia quais elementos seriam suficientes para caracterizar uma situação de flagrante delito, agora, a questão gira em torno de definir quais circunstâncias correspondem a fundadas razões que indiquem que dentro do imóvel ocorre situação de flagrante. Então, em vez de restringir o alcance da expressão “flagrante delito”, o que se fez foi dar uma resposta carregada de incertezas.

A este respeito é pertinente a crítica de Thiago Baldani Gomes de Filippo:

Ninguém duvida que a invasão a domicílio em caso de flagrante delito se justifica diante de fundadas razões. Todavia, o STF perdeu uma oportunidade excelente para estabelecer parâmetros mais seguros à atividade policial, já que a expressão “fundadas razões” é polissêmica e, na prática, corre-se o risco de encerrar noção meramente retórica, incapaz de inibir ações potencialmente abusivas.²⁴³

No momento em que se reconheceu a repercussão geral da matéria, se esperava que a Corte Constitucional fizesse uma análise mais aprofundada do tema e adotasse uma tese que, ao ser aplicada, representasse uma medida mais enérgica contra as corriqueiras arbitrariedades praticadas por agentes da força pública contra os mais pobres, marcas de um sistema penal que se mostra extremamente seletivo na realidade fática.

O que se vê, contudo, é que a tese firmada pelo Supremo não alterou o cenário de insegurança. Não foram densificados critérios para reger a atividade da polícia e o controle à atuação dos agentes públicos, no curso da persecução penal, ainda não se realiza de acordo com critérios objetivos. Ingo Sarlet alerta que a excessiva ambiguidade e vagueza dos parâmetros que autorizam a invasão de domicílio

243 FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Buscas domiciliares sem mandado**: considerações à luz do Direito dos EUA. Empório do Direito. Dez. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/buscas-domiciliares-sem-mandado-consideracoes-a-luz-do-direito-dos-eua-por-thiago-baldani-gomes-de-filippo/>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

podem acabar por transformar a exceção (entrada sem mandado judicial) em regra²⁴⁴.

O caso de Paulo Roberto de Lima, infelizmente, é só mais um dentre tantos outros casos semelhantes que ocorrem, principalmente, nas comunidades expostas à vulnerabilidade social. Todos os dias, invasões são perpetradas a pretexto da existência de fundadas razões que demonstrem tratar-se de situação de flagrante delito. Os agentes da força pública apresentam diversas justificativas para explicar as invasões a domicílios. Muitos invocam o próprio testemunho, alegando que presenciaram fatos que levaram a crer que em determinado local havia a prática de crime permanente, outros informam que a invasão foi motivada por denúncias anônimas ou, ainda, que determinado sujeito adotou postura estranha quando notou a chegada da polícia no local, o que fez com que os agentes suspeitassem do mesmo e decidissem proceder “averiguações” no local em que o sujeito entrou. Enfim, na vida prática, diversas notícias veiculadas dão conta da utilização desse tipo de argumento para justificar a violação de domicílio.

Embora os ministros tenham concordado que esses argumentos não são suficientes para justificar o ingresso forçado em domicílio alheio ou em suas dependências, não apontaram quais argumentos servem para justificar tal ação, ao contrário, apenas fixaram a necessidade de um “lastro mínimo para medidas invasivas”²⁴⁵.

Ademais, a tese estabelecida é superficial no que diz respeito às consequências de uma entrada ostensiva fora das hipóteses legais. Aparentemente, em razão de não ter sido provido o recurso extraordinário, o debate dos ministros se encerrou na questão da caracterização da entrada como lícita ou ilícita. Então, a partir do momento em que a entrada, no caso concreto, foi tida como lícita, não se discutiu profundamente as consequências de uma eventual entrada ilícita.

244 SARLET, Ingo Wolfgang. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. **Revista Consultor Jurídico**. Dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

245 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal veda o aproveitamento no processo das provas obtidas por meios ilícitos²⁴⁶, enquanto, o Código de Processo Penal determina, no artigo 157, *caput*, que devem ser desentranhadas dos autos as provas ilícitas²⁴⁷. O legislador não deixou margem para dúvidas acerca do destino a ser dado a uma prova ilícita no processo penal, mas não raro são proferidas sentenças condenatórias por tráfico de drogas com base exclusivamente em provas obtidas mediante violação ao domicílio fora das hipóteses legais. Tal realidade não poderia ter sido ignorada pela Corte Constitucional na oportunidade do julgamento do RE nº 603.616²⁴⁸.

Não foi discutida de maneira satisfatória, no caso concreto, a repercussão da caracterização de um ingresso em domicílio como ilícito, na gestão da prova obtida mediante busca e apreensão no local e, como visto, em que pese haja no ordenamento um arsenal de dispositivos aplicáveis a estas situações, na prática, parecem tais normas ser ignoradas pelos aplicadores do direito nas mais variadas instâncias.

A tese sob exame, nos termos em que foi fixada, não cumpre o propósito de fortalecer a inviolabilidade de domicílio, ao contrário, relativiza em demasia o preceito constitucional, deixando margem para a discricionariedade, tanto dos policiais, quanto do magistrado que avalie posteriormente a regularidade das diligências. Em um primeiro momento, o agente público é quem define o que considera ou não uma fundada razão para afastar a regra da vedação à invasão de domicílio, não há balizas objetivas a orientar a tomada de decisão do policial, ao contrário, tudo ocorre no campo da discricionariedade.

Posteriormente, em um segundo momento, cabe ao Judiciário avaliar se, de fato, havia fundadas razões para levar o agente público a crer que estava diante de uma situação de flagrante delito. Novamente, a discricionariedade é marcante e esvazia o direito fundamental em questão. O controle judicial a *posteriori* tende a ser inócuo,

246 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2017.

247 *Idem*. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810. Acesso em: 08 mai. 2017.

248 *Idem*. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Publicado no DJ**, em 10/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em 04 mai. 2017.

uma vez que não foram fixados parâmetros rígidos para avaliação da legalidade da medida.

Em um estado democrático de direito, não cabe às autoridades públicas decidir, de acordo com critérios de discricionariedade, quando deve ser assegurada uma garantia constitucional e quando a mesma deve ficar em segundo plano em nome da tutela a outro valor assegurado pelo ordenamento. Não pode ficar a cargo da autoridade pública a definição da amplitude de direitos fundamentais.

À vista do exposto, merece a decisão em comento mais críticas do que aplausos. O destaque positivo vai para o combate à lógica, até então predominante, do “tudo ou nada”, de acordo com a qual a licitude da invasão de domicílio era avaliada de acordo com os resultados das diligências²⁴⁹. A nova interpretação do Supremo permite que seja contestada uma entrada em domicílio que tenha ensejado a apreensão de drogas no local, mas que tenha sido realizada de maneira arbitrária. A legalidade da atuação dos policiais deverá ser aferida com base nos elementos que estes tinham antes de ingressar no local, o que representa um avanço diante da interpretação antiga que se dava ao dispositivo constitucional.

De outro vértice, contudo, a decisão praticamente colocou a violação de domicílio como regra e a inviolabilidade de domicílio como exceção, uma vez que autorizou a entrada desde que presentes “fundadas razões”, locução que comporta múltiplas interpretações e de difícil visualização na prática. Ademais, a decisão foi omissa quanto às consequências de uma entrada ilegal, além de ter deixado passar a oportunidade de estabelecer critérios objetivos para reger a atuação dos agentes públicos no curso das diligências que visam a repressão ao tráfico de drogas.

249 SARLET, Ingo Wolfgang. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. **Revista Consultor Jurídico**. Dez. 2015 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

5 CONCLUSÃO

A garantia da inviolabilidade de domicílio confere concretude a uma série de outras garantias asseguradas expressamente pela Constituição Federal. Não há efetiva proteção aos direitos relacionados às liberdades individuais, se não for assegurado um espaço físico nos limites dos quais se possa exercê-los de maneira ampla e sem a interferência do Estado.

O domicílio é o local onde o sujeito desfruta da sua privacidade e da sua intimidade, assim, apenas em estados totalitários, o seu valor é desprezado, onde há defesa da democracia e das liberdades individuais, o respeito à liberdade domiciliar representa um dos pilares não só do ordenamento jurídico, como da forma de estruturação da sociedade.

A finalidade da persecução penal é apurar a ocorrência de fatos delituosos, reunindo elementos para serem levados ao Judiciário com o escopo de reprimir adequadamente os ilícitos perpetrados. Não se admite que, no curso das diligências, membros da força pública cometam arbitrariedades visando o combate à criminalidade. Aceitar a prática de atos abusivos das autoridades em nome do interesse da segurança pública gera situação paradoxal que consiste na tolerância, à prática de crimes, visando o combate a outros crimes anteriormente praticados. Tratar-se-ia da legitimação da lógica segundo a qual os fins justificam os meios e isso é inaceitável sob a ótica do estado democrático de direito.

Neste diapasão, tem-se a vedação à utilização no processo das provas obtidas por meios ilícitos. Quando os agentes públicos se valem de atos abusivos para obter provas da materialidade e da autoria de crimes, os elementos obtidos devem ser desprezados e os atos praticados são nulos. O princípio da vedação das provas ilícitas é imanente ao estado democrático de direito. Ao assegurar a garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas, o constituinte estatui um limite à liberdade probatória e confere ao cidadão o direito de não ser julgado com base em dados colhidos por meio de atentado a seus direitos fundamentais.

Como visto, entretanto, a realidade fática aponta para um institucionalizado desrespeito destas premissas. A polícia invade casas cotidianamente, sobretudo nos locais em que se verifica maior vulnerabilidade social, a pretexto de coibir a

delinquência e garantir a paz social. Como se houvesse paz em uma sociedade onde as pessoas não estão a salvo da truculência das forças públicas nem no seu próprio lar, chamado pela Constituição de asilo inviolável. Tais ações são sempre justificadas pela apreensão de drogas e petrechos ligados ao tráfico, na tentativa de utilizar o resultado de um ato ilegal para convalidá-lo. Novamente, merece crítica o discurso que traduz o pensamento de que os fins justificam os meios.

Diante deste cenário de flagrantes arbitrariedades sendo praticadas abertamente pelos operadores do Direito, o Supremo foi instado a se manifestar, por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 603.616, acerca da possibilidade da quebra da inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito de crime permanente. Era necessário delimitar o alcance da cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar, definir os elementos caracterizadores do flagrante nos casos de crime permanente, e estabelecer de que forma estas questões repercutem na licitude ou ilicitude da prova que obtida no curso destas diligências de controvérsia legalidade.

Na oportunidade estabeleceu a tese de acordo com a qual é lícita a entrada em domicílio, ainda que em período noturno, sem mandado judicial, quando existam fundadas razões que levem a crer que dentro da casa há situação de flagrante delito. As fundadas razões devem ser justificadas a *posteriori* perante autoridade judicial, sob pena de responsabilização disciplinar, civil e penal da autoridade e de nulidade dos atos praticados.²⁵⁰

A tese merece aplausos apenas no que concerne à possibilidade de uma posterior impugnação da busca e apreensão, mesmo que ela tenha dado resultados, considerando os elementos que levaram os agentes a adotar a medida invasiva e não os resultados desta. Além de que a tendência, com o novo entendimento, é que haja menos situações de flagrantes preparados, uma vez que o agente não terá mais a preocupação em justificar suas ações com base nos resultados das diligências, mas agirão em estrito cumprimento de dever legal desde que a entrada tenha sido motivada por fundadas razões, independentemente da apreensão de material ilícito no local.

250 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

De outro vértice, a decisão fragiliza o núcleo essencial da inviolabilidade de domicílio, tendo em vista que a expressão fundadas razões é extremamente vaga e o Supremo não fixou critérios objetivos para definir o que seria uma “fundada razão” que indique a situação de flagrância. Desta forma, o preceito constitucional da inviolabilidade de domicílio pode ser relativizado de acordo com a interpretação dos operadores do direito. Os agentes de polícia têm ampla liberdade, na prática, para aplicar a norma constitucional de forma restrita, se valendo de um juízo de discricionariedade que não lhe compete.

O passo dado pela Corte Constitucional ao julgar o RE nº 603.616 conduz ao esvaziamento do conteúdo do artigo 5º, XI, da Constituição Federal. A regra da inviolabilidade de domicílio ganha cada vez mais uma interpretação estrita e, na prática é aplicada como exceção. A regra, infelizmente, tem sido a autorização à invasão de domicílio em nome da repressão ao tráfico de entorpecentes. Apenas quando o Brasil observar que, em uma democracia, é o meio que justifica o fim e não o contrário, é que veremos os valores garantidos pela Constituição Federal aplicados às atividades da polícia.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Inviolabilidade do Domicílio e Flagrante de Crime Permanente**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 20, 95, p. 166, mar./abr. 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 299.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: abr./mai. 2017.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 01 fev. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Imperio do Brazil.. **CLBR**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 16 mar. 2017.

_____. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>.

_____. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, DF. 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Lei Nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 09 mai. 2017.

_____. 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. **Brasília, DF. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. 10 jun. 2009. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Publicado no DJ**, em 10/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: abr./mai. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 5ª edição, v. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. volume 2. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CHATHAM *apud* FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 80.

COSTA JUNIOR., Paulo José da. As Garantias do Cidadão Brasileiro no Campo Penal. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

CUNHA, Rogério Sanches. Título IV: da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 173-238.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 91.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

DULCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Buscas domiciliares sem mandado**: considerações à luz do Direito dos EUA. *Empório do Direito*. Dez. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/buscas-domiciliares-sem-mandado-consideracoes-a-luz-do-direito-dos-eua-por-thiago-baldani-gomes-de-filippo/>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em 11 nov. 2016.

GILABERTE, Bruno. **Crimes Contra a Pessoa**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013, p. 328.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Processo penal**. Volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 213-229.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Provas. Lei nº 11.690, de 09.06.08. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2001, p. 127.

GRECO FILHO, Vicente *apud* NEVES, Luiz Gabriel Batista. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios. *In*: **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar**. COUTINHO, Luiz; PIMENTEL, Fabiano; RIBEIRO, Wanderley (Orgs.). Salvador: Editora ESA, 2014.

GRECO FILHO, Vicente *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II**. 12ª. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

HUNGRIA, Nélon *apud* GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 308-309.

JESUS, Damásio Evangelista *apud* SANTOS, Paulo Fernando dos. **Crimes de Abuso de Autoridade, aspectos jurídicos da Lei Nº 4.898/65**. São Paulo: Editora Leud, 2003, p. 48.

KHALED JR., Salah Hassan. **Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

LOPES, Karina Nathércia Sousa Lopes. **O Princípio Penal Constitucional da Inviolabilidade de Domicílio**. Revista do Ministério Público – Alagoas, N 12, jan./jun. 2004, Alagoas, p. 92/93.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES, Raphael *apud* CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª edição revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva: 2001, p. 14.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 3ª edição. Campinas/SP: Editora Bookseller, 2004.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, XI. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 289.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. 3ª edição. Campinas/SP: Editora Bookseller, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 57.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a violação do domicílio: enfim, uma decisão conforme a Constituição Federal**. Abr. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-a-violacao-do-domicilio/>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios. *In*: **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar**. COUTINHO, Luiz; PIMENTEL, Fabiano; RIBEIRO, Wanderley (Orgs.). Salvador: Editora ESA, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 116.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Editora Impetus, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

RIVERO, Jean *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 87.

ROSA, Alexandre de Moraes da. Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. **Revista Consultor Jurídico**. Ago., 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. **Revista Consultor Jurídico**. Dez. 2015 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 561.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1. 35ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Processo penal**. Vol.3. 35ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 524.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.