

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
THIAGO ROCHA AMOGLIA**

**FUNDADAS RAZÕES PARA O FLAGRANTE? UMA ANÁLISE DO RE
603.616/STF**

**Juiz de Fora
2020**

THIAGO ROCHA AMOGLIA

**FUNDADAS RAZÕES PARA O FLAGRANTE? UMA ANÁLISE DO RE
603.616/STF**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo.

**Juiz de Fora
2020**

FOLHA DE APROVAÇÃO

THIAGO ROCHA AMOGLIA

FUNDADAS RAZÕES PARA O FLAGRANTE? UMA ANÁLISE DO RE 603.616/STF

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA:

- APROVADO
- REPROVADO

Juiz de Fora, 19 de novembro de 2020

FUNDADAS RAZÕES PARA O FLAGRANTE? UMA ANÁLISE DO RE 603.616/STF

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o julgado do STF sobre os critérios para a configuração do flagrante delito, justificadores da quebra da inviolabilidade de domicílio. Para tanto, se efetua uma breve análise sobre os tipos de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro, concentrando a análise sobre a prisão em flagrante e as espécies deste. Passa-se a discutir a regra constitucional da inviolabilidade do domicílio e os limites conferidos a ela pela decisão proferida no RE 603.616. Conclui-se que a ponderação efetuada pelo STF, no referido acórdão, busca estabelecer os limites da cláusula de inviolabilidade da casa, bem como a proteção contra a busca domiciliar arbitrária. Entretanto, é preciso propor meios para que tal entendimento fixado na sessão plenária possa ser aplicado de forma consonante às garantias fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Prisão provisória; Flagrante; Inviolabilidade do domicílio.

ABSTRACT

This article aims to analyze or judge the STF on the requirements for setting the crime flag justifying breach of inviolability of the household. To do so, make a brief analysis of the types of provisional arrest that may be prohibited in the Brazilian legal system, concentrating an analysis on the red-handed arrest and its species. We now discuss a constitutional rule on inviolability of the domicile and the limits conferred by it by the decision issued in RE 603,616. It was concluded that the weighting performed by the STF, without reference, seeks to define the limits of the inviolability clause of the house as well as protection against an arbitrary home search. However, it is necessary to propose means to understand the understanding established in the plenary session, which may be applied in accordance with the fundamental guarantees expressed in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Temporary arrest; Flagrant; Inviolability of the household.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEDIDA PRÉ-CAUTELAR. 2.1. Prisão em Flagrante. 2.2 Espécies de flagrante. Análise do art. 302 do CPP 3. FLAGRANTE E INVIOABILIDADE DOMICILIAR. 4. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA: O RE 603.616/RO 4.1. Votos dos Ministros 4.2. Análise do julgado. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabeleceu diversos princípios e garantias atinentes ao direito penal e processual penal brasileiro, tendo como objetivo normativo a considerável ampliação das liberdades individuais e democráticas se comparada à Constituição anterior (1967), típica de um período de exceção. Sendo assim, importante ressaltar, preliminarmente, que o exercício do *jus puniendi* pelo Estado deve respeitar essencialmente a garantia de que ninguém será processado, sentenciado ou privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, dentre tantos outros princípios originados com a Constituição.

Os direitos e garantias individuais, previstos no artigo 5º da CF/88, consubstanciam parte do núcleo rígido da Carta Magna brasileira, sendo tratados como cláusulas pétreas. Portanto, não podem ser objeto de deliberação as propostas que visem suprimi-los, mas apenas aquelas que procuram ampliá-los ou aperfeiçoá-los, consonante ao Estado Democrático de Direito. Dentre as garantias dispostas no caput do referido artigo (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) temos a seguinte previsão no inciso XI:

Art. 5º

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. (BRASIL, Constituição Federal do (1988). Artigo 5º, XI).

Partindo dessa premissa, o presente trabalho busca analisar os contornos da previsão constitucional da inviolabilidade domiciliar e as hipóteses em que essa garantia é excepcionada, principalmente no que se refere à prisão em flagrante ocorrida dentro de uma residência, sem determinação judicial prévia. Serão discutidas as questões mais controversas envolvendo as "fundadas razões", termo este fixado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal

Federal no julgado em questão (Recurso Extraordinário 603.616), bem como os efeitos que essa decisão pode gerar na prática.

Primeiramente, será feita a abordagem dos tipos de prisões provisórias previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Após, será dado enfoque ao conceito de flagrante, previsão legal, modalidades, e entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito. Feito isto, tratarei de abordar a frequente questão prática envolvendo a restrição da liberdade em virtude da prática delituosa dentro de uma residência com a consequente prisão em flagrante, bem como a repercussão jurídica que decorre de tal ato. Por fim, será analisado o entendimento jurisprudencial a respeito e as exigências das cortes superiores para que tal ato, a princípio administrativo, se consolide evitando ingerências arbitrárias do agente público e prisões ilegais que possivelmente contaminarão as provas obtidas em uma futura ação penal.

Os objetivos pretendidos no presente artigo são examinar, à luz de caso concreto apreciado em Juízo, a extensão do âmbito de proteção do direito fundamental de inviolabilidade do domicílio e os limites de atuação dos agentes policiais diante de uma situação de flagrante delito. Tais limites devem ser observados, sob pena de contaminar a prova obtida pela violação do âmbito de proteção do direito fundamental em questão. Para tanto, inicia-se com uma breve análise da inviolabilidade do domicílio na sua condição de direito fundamental, para, na sequência, enfrentar o caso do flagrante delito e sua interpretação jurisprudencial.

A justificativa para a escolha de tal tema se torna evidente por se tratar de uma situação prática que ocorre cotidianamente em todo o País. Somando-se a isto, é preciso discutir a decisão do STF no RE 603.616/RO que, a par de ter buscado delinear novos contornos no que diz respeito à interpretação relacionada ao confronto entre o interesse público da sociedade na prisão em flagrante e a garantia individual da inviolabilidade domiciliar, estabeleceu conceito jurídico indeterminado (“fundadas razões”) que merece esclarecimento.

Utilizar-se-á, no decorrer desse trabalho, essencialmente, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com objetivo de discorrer sobre os conceitos, institutos e teorias doutrinárias relativas à temática desenvolvida. A metodologia utilizada consistirá, basicamente, na pesquisa bibliográfica e documental.

2. A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEDIDA PRÉ-CAUTELAR

A prisão provisória é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Sendo assim, tal prisão não tem por objetivo a punição do indivíduo, mas sim impedir que venha ele a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração e investigação dos fatos, bem como na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado. Como gênero, a prisão provisória se subdivide nas espécies da prisão preventiva e da prisão temporária.

Necessário ressaltar que a natureza jurídica da prisão provisória é eminentemente cautelar, razão pela qual não viola o princípio da presunção da inocência, tampouco qualquer outro direito ou garantia assegurados na Constituição Federal 1988¹. Este caráter cautelar restou consagrado no próprio Código de Processo Penal, por exemplo, no artigo 319 que, ao arrolar determinados provimentos cautelares alternativos, denomina-os de “medidas cautelares diversas da prisão”, deixando claro, com isto, tratar-se a prisão provisória, também, de uma medida de natureza cautelar. Nestes termos, temos o ensinamento de Norberto Avena²:

Ora, o que vem a ser uma prisão cautelar? É aquela que tem por objetivo lato sensu garantir o resultado prático das investigações e do processo. Para tanto, é necessário que, além de prender momentaneamente o indivíduo, seja hábil a mantê-lo preso pelo tempo necessário à tutela que se pretendeu com a decretação da custódia, como é o caso da prisão preventiva, ou pelo lapso objetivamente previsto em lei como sendo o máximo aceitável para esta finalidade em face dos motivos que determinaram a segregação, como é a hipótese da prisão temporária.

Entretanto, a prisão em flagrante foge à regra da natureza cautelar, uma vez que a partir da lei 12.403/2011 ela, por si só, não é hábil a manter o agente flagrantado sob custódia. Portanto, a doutrina entende a prisão em flagrante como pré-cautelar, exigindo-se para a manutenção da custódia que o juiz a converta em prisão preventiva. Nestes termos, a prisão em flagrante deve perdurar apenas pelo tempo correspondente entre a voz de prisão, a lavratura do

¹ Desde que observados as hipóteses de cabimento (art. 1º da lei 7.960/1989) da prisão temporária ou os pressupostos (positivos - “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria” - e negativos – ausência de excludentes de ilicitude e culpabilidade), requisitos (“garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal”, “assegurar a aplicação da lei penal” ou por descumprimento de medidas alternativas à prisão, conforme art. 312, caput e parágrafo único do CPP) e hipóteses de cabimento (art. 313 do CPP) para a prisão preventiva e que, no caso desta última, não perdue por longo tempo, pois aí podemos vislumbrar uma violação à garantia da razoável duração do processo prevista no art. 5º, LXXVIII, da CRFB. Sobre pressupostos, requisitos e hipóteses de cabimento das prisões provisórias e sua crítica, consulte-se BADARÓ (2016). A Lei 13.964/2019 incluiu no artigo 316 o parágrafo único que prevê a necessidade de avaliação periódica a cada 90 dias sobre a manutenção dos fundamentos da prisão preventiva.

² AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª Edição, rev., atual. e ampl. 2017, p. 630.

auto pela autoridade policial e o recebimento do mesmo pelo Poder Judiciário para que se adote uma das medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal³.

Antes das alterações ao Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, predominava o entendimento de que sua natureza jurídica era de prisão cautelar, sendo capaz de manter, por si só, o agente segregado enquanto isto fosse necessário para garantir o resultado concreto da investigação criminal ou do processo penal⁴.

No entanto, o artigo 310 do CPP alterado recentemente pela Lei 13.964/19, suprimiu do flagrante a legitimidade para manter o flagranteado sob segregação no período que se segue ao recebimento do respectivo auto pelo juiz. O §4º deste dispositivo, apesar de estar suspenso cautelarmente pelo Min. Luiz Fux, na ADI 6.299, passou a prever a audiência de custódia (antes a obrigatoriedade dessa audiência era fixada pela Resolução 213 do CNJ) sendo positiva esta alteração, pois nossa legislação processual penal se adequou ao disposto em tratados internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica. Desta forma, o magistrado deverá tomar uma das medidas determinadas pelo dispositivo em questão, a saber:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - relaxar a prisão ilegal; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do [art. 312 deste Código](#), e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

³ *Idem*, p. 630.

⁴ Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias e inquisitoriais, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos. Nesse sentido, registra Pacelli que até a década de 1970 somente era cabível liberdade provisória quando houvesse prisão em flagrante no caso de crimes afiançáveis. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 22ª Edição. Rev., atual. e ampl.– São Paulo: Atlas, 2018.).

Com isso, a doutrina majoritária entende que a prisão em flagrante constitui medida pré-cautelar, pois antecede uma medida cautelar principal, já que a prisão em flagrante cessará com a decisão judicial que a converterá em preventiva, caso seja necessária sua manutenção (310, II, CPP) ou com a concessão de liberdade provisória, caso sua manutenção seja desnecessária.

Desta forma, não se concebe natureza cautelar à prisão em flagrante, isto porque a prisão cautelar é aquela que tem fim de tutela, garantia, resguardo da investigação ou do processo. Nada disso ocorre com a prisão em flagrante, pois ela apenas se mantém no período compreendido entre a voz de prisão e a adoção das providências cabíveis pelo Poder Judiciário na audiência de custódia.

Entretanto, o tema gera controvérsias⁵, como nos mostra Norberto Avena:

Sem embargo, o tema é discutível, havendo quem defenda tratar-se, ainda hoje, o flagrante de prisão cautelar, porém uma **cautelar efêmera ou provisória**, vale dizer, com duração limitada ao período situado entre a voz de prisão e a adoção, pelo juiz, das providências judiciais que se seguem ao recebimento do auto de prisão em flagrante.⁶

De acordo com o artigo 283 do Código de Processo Penal, “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Tal dispositivo normativo guarda estreita relação com o disposto no artigo 5º, LXI da CF/88, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

A partir disto, constata-se que a prisão anterior à condenação definitiva (com trânsito em julgado) do indivíduo apenas pode decorrer da prisão em flagrante já mencionada, de uma

⁵ Gustavo Badaró, por exemplo, agrupa a prisão em flagrante dentro do gênero “prisões cautelares” (BADARÓ, 2016, p. 1.002). Registra, porém, que após o novo regime disciplinado pela Lei 12.403/2011, “a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão” e, por esse fundamento, tem sido considerada como uma pré-cautelar (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2016).

⁶ AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª Edição, rev., atual. e ampl. 2017. pg. 638.

prisão temporária (Lei 7.960/1989)⁷ ou de prisão preventiva⁸, sendo que estas duas últimas necessitam, obrigatoriamente, de ordem escrita da autoridade judiciária competente. Para atender aos objetivos do artigo, o foco de análise será direcionado para a prisão em flagrante.

2.1 Prisão em Flagrante

Como medida pré-cautelares, temos a prisão em flagrante autorizada expressamente pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos XI e LXI) e definida, nas palavras do professor Renato Brasileiro de Lima⁹, como:

Uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial e apta a ser realizada por qualquer pessoa.

É regida pela causalidade, pois o flagranteado é surpreendido no decorrer da prática da infração ou momentos depois. Inicialmente, detém a natureza de ato administrativo, dispensando autorização judicial. Posteriormente, ocorre a avaliação desse ato administrativo, no prazo assinalado por lei, para que, se necessário, a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, observado o artigo 310 do CPP.

Desta forma, temos que a prisão em flagrante, realizada nos moldes do que determina o artigo 302 do Código de Processo Penal, traz uma exigência de certeza visual conforme nos demonstra o jurista Aury Lopes Jr¹⁰:

⁷ Visa, primordialmente, assegurar o êxito das investigações que antecedem ao ajuizamento da ação penal possuindo prazo determinado em lei. Possui como requisitos a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial e/ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade bem como a existência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado, nos crimes definidos na Lei 7.960/1989.

⁸ É a modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, a saber: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Concomitante, deve haver a prova de existência do crime e o indício suficiente de autoria.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 7ª Edição, 2019. Salvador: Editora Juspodivm.

¹⁰ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

Essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter.

E por que é dada essa permissão?

Exatamente porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24 horas.

2.2 Espécies de flagrante. Análise do art. 302 do CPP

As situações de flagrância estão previstas no art. 302 do CPP:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941)

O flagrante do inciso I é verificado no momento em que o agente está cometendo o delito, ou seja, executando a conduta disposta no tipo penal incriminador. Desta forma, a prisão nessa situação é capaz de, conforme a situação em concreto, evitar a própria consumação do delito. Como explica, paradoxalmente, o jurista italiano Carnelutti¹¹, a noção de flagrância está diretamente relacionada a:

[...] la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde.

Como explica Aury Lopes Jr.¹², a prisão em flagrante, nesse caso, demonstra maior juízo de certeza uma vez que o agente é surpreendido durante a prática criminosa executando a conduta descrita no tipo penal. A título de exemplo, temos a situação em que o agente é detido no momento em que “constrange alguém mediante violência ou grave ameaça” com a finalidade de obter determinada vantagem patrimonial (158 do CP), ou, ainda, no crime de tráfico de drogas, quando o criminoso é surpreendido durante a venda do entorpecente (praticando a conduta descrita no *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/2006).

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, 1950, t. II, p. 77, *apud* LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017

¹² LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

No inciso II, o agente é detido ao acabar de cometer o delito, ou seja, no momento em que se encerrou a execução do crime. Conforme nos ensina a doutrina, este flagrante é também considerado um flagrante próprio, pois o “espaço” temporal é curto entre a prática do crime e a prisão, uma vez que a expressão “acaba de cometê-la” deve ser interpretada de forma restritiva.¹³

As situações de flagrância previstas nos incisos III e IV são entendidas como “menos intensas” (valendo-se da imagem da chama citada por Carnelutti), por isso a doutrina as denominam de “quase-flagrante” ou “flagrante impróprio”. Aury Lopes Jr, em sua obra¹⁴, discorda destes termos por entender não serem adequadas remetendo à ideia de não traduzirem um flagrante:

Pensamos que essas denominações não são adequadas, na medida em que traduzem a ideia de que não são flagrantes. Dizer que é “quase” flagrante significa dizer que não é flagrante, e isso é um erro, pois na sistemática do CPP esses casos são flagrantes delitos. Da mesma forma o adjetivo “impróprio” traduz um antagonismo com aqueles que seriam os “próprios”; logo, a rigor, deveria ser utilizado no sentido de recusa, o que também não corresponde à sistemática adotada pelo CPP.¹⁵

Em relação ao inciso III do dispositivo em comento, o criminoso é perseguido logo após a prática delituosa de forma ininterrupta, contínua, pelo agente de segurança pública ou qualquer pessoa. Ao final desta perseguição, mesmo não necessariamente tendo o contato visual, o criminoso é detido. Importante ressaltar a necessidade de que a perseguição inicie “logo após” a consumação ou a prática dos atos executórios interrompidos. Exige-se um intervalo mínimo, a ser verificado diante do caso concreto, entre a prática delituosa e o início da perseguição.¹⁶

A última situação de flagrância está prevista no art. 302, IV:

É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941).

¹³ AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª Edição, rev., atual. e ampl. 2017.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Lopes Jr., Aury Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶ Lopes Jr., Aury Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

É considerado pela doutrina majoritária como um flagrante presumido ou ficto. Neste caso, o agente deve ser “encontrado” sendo que tal situação, em hipótese alguma, deve ser causal. O termo “encontrar” se refere à situação de haver a procura, perseguição e, mesmo perdendo de vista, se segue no encalço do agente. Não pode ser considerado um mero encontrar sem qualquer relação previamente estabelecida com o delito.¹⁷ Já a expressão “logo depois” é perfeitamente explicada na obra do professor Renato Brasileiro de Lima:

A expressão logo depois constante do inciso IV não indica prazo certo, devendo ser compreendida com maior elasticidade que logo após (inciso III). Deve ser interpretada com temperamento, todavia, a fim de não se desvirtuar a própria prisão em flagrante. Com a devida vênia, pensamos que a expressão logo depois (CPP, art. 302, IV) não é diferente de logo após (CPP, art. 302, III), significando ambas uma relação de imediatidade entre o início da perseguição, no flagrante impróprio, e o encontro do acusado, no flagrante presumido. Na verdade, a única diferença é que, no art. 302, III, há perseguição, enquanto que no art. 302, IV, o que ocorre é o encontro do agente com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração. Caso o agente seja encontrado com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração, porém algum tempo após a prática do delito, deve a autoridade policial deixar de dar voz de prisão em flagrante, sem prejuízo, no entanto, da lavratura de boletim de ocorrência e posterior instauração de inquérito policial.¹⁸

Existem situações em que a caracterização do flagrante será considerada ilegal, registrando a doutrina a existência dos flagrantes forjado, provocado (ou preparado), esperado e protelado (ou diferido). Neste ponto do presente artigo, será abordada, de maneira sucinta, essas modalidades de flagrante.

Ocorre o flagrante forjado, conhecido também como maquinado, quando é criada uma situação fática de flagrância delitiva com o objetivo de legitimar uma prisão. Com isso, cria-se uma situação que é falsa e traduz em ilegalidade da prisão¹⁹.

O flagrante provocado ou preparado ocorre quando o agente é instigado, estimulado a praticar o crime não sabendo que está sob vigilância atenta do agente de segurança pública ou de terceiros, que só aguardam o início dos atos de execução para realizar o flagrante, tratando-se de um estímulo para que o agente cometa um delito. Parte da doutrina e jurisprudência, no

¹⁷ Lopes Jr., Aury Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 7ª Edição, 2019. Pg. 961 Salvador: Editora Juspodivm.

¹⁹ Exemplo típico é a introdução de substâncias entorpecentes (ou armas) para, a partir dessa posse forjada, falsamente criada, realizar a prisão (em flagrante) do agente. É, portanto, um flagrante ilegal, até porque não existe crime. (LOPES JR., Aury 2017, p. 41)

entanto, considera ser cabível o flagrante nesta hipótese²⁰. A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, ao alterar o artigo 33, §1º IV da Lei de Drogas (11.343/2006) passou a prever expressamente a conduta criminosa do cidadão que vende drogas a policial disfarçado quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Penalmente, com exceção da situação acima, considera-se que o agente não tem qualquer possibilidade de êxito, aplicando-se a regra do crime impossível disposto no artigo 17 do Código Penal²¹, bem como, nesses casos, o disposto na Súmula 145 do STF²².

Já o flagrante esperado é aquele no qual, a autoridade policial por meio de fontes confiáveis, sabe que será praticado um crime e aguarda o início dos atos executórios ou até a própria consumação, realizando em seguida o flagrante. Sendo assim, trata-se de um flagrante válido pois não se interferiu ou incentivou a conduta criminosa do agente²³.

Por fim, o flagrante protelado, também conhecido como diferido, consiste na faculdade conferida à polícia no sentido de retardar a prisão em flagrante, visando obter maiores informações a respeito da ação dos criminosos. Decorre da chamada “ação controlada” e está previsto nos artigos 8º e 9º da Lei n. 12.850/2013:

Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações [...]²⁴.

Art. 9º. Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como

²⁰ É o clássico exemplo do policial que, fazendo-se passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal), apesar de, não sem razão, parte da doutrina e jurisprudência entenderem ser cabível a prisão, nestas circunstâncias, nas modalidades *trazer consigo ou manter em depósito* previstas no artigo 33, caput, da lei 11343/2006. (LOPES JR., Aury 2017, p. 41). RHC 53.136/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

²¹ Artigo 17 do Código Penal: Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

²² Súmula 145 do STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação

²³ Exemplo recorrente é quando a polícia tem a informação de que determinado estabelecimento comercial ou bancário será alvo de um roubo e coloca-se em posição de vigilância discreta e logra surpreender os criminosos. Existe o crime (e, dependendo do caso, a atuação policial poderá impedir a consumação, havendo apenas tentativa) e a prisão em flagrante é perfeitamente válida

²⁴ Artigo 8º da Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013).

provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime²⁵.

Tais dispositivos constituem autorização legal para que se realize a prisão em flagrante em outro momento, não se inserindo nas regras previstas nos artigos 301 e 302, I, do Código de Processo Penal²⁶. Como está previsto na Lei 12.850/2013, por óbvio, somente pode ser aplicado aos casos de organização criminosa, uma vez que autoriza a polícia a retardar sua intervenção (prisão em flagrante) para que seja realizada em um momento posterior e mais adequado à coleta de provas bem como responsabilização penal de um maior número de criminosos. Desta maneira, retarda-se a prisão em flagrante pelo período ao qual a ação poderá ser mais exitosa.

Trata-se, por outro lado, de uma situação bastante perigosa, sob o ponto de vista dos direitos e garantias individuais, pois abre a possibilidade de abusos e ilegalidades por parte da autoridade policial. Ademais, ao não prever limite temporal para a ação controlada, cria um estado de indeterminação bastante perigoso.²⁷

3. FLAGRANTE E INVOLABILIDADE DOMICILIAR

Após a análise mais detalhada a respeito das modalidades de prisão, em especial da prisão em flagrante, o presente artigo chega em seu ponto central em que serão apresentadas discussões, bem como entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito de situações de

²⁵ Artigo 9º da Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013).

²⁶ Válido ressaltar que a Lei de Organização Criminosa, em seu artigo 8º, determina apenas prévia comunicação da diligência ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. Por outro lado, este instituto, também previsto na Lei de Drogas (artigo 53, da Lei 11.343/2006), exige autorização judicial bem como a prévia oitiva do Ministério Público. Por exemplo: diante de uma complexa organização criminosa que tem por objeto o roubo de cargas e posterior distribuição a uma rede de fornecedores, a polícia deixa de prender aqueles agentes que cometeram o roubo no momento em que o estão praticando, para, monitorando-os, descobrir o local em que a carga é escondida e o caminhão desmontado para ser vendido em um desmanche ilegal. De posse dessas informações, descobre ainda quem são os receptadores e, quando tiver provas suficientes dos crimes e da estrutura da organização criminosa, realiza a prisão em flagrante de todos os agentes. A rigor, não haveria prisão em flagrante daqueles que cometeram o roubo, pois passados muitos dias da sua ocorrência, sendo inaplicável qualquer dos incisos do art. 302. Contudo, diante da autorização contida na Lei 12.850/2013, está legitimado o flagrante retardado ou protelado.

²⁷ LOPES JR., Aury. 2017, p. 43.

flagrância delitiva confrontadas com a garantia constitucional fundamental da inviolabilidade domiciliar prevista no artigo 5º, inciso XI da CF/88²⁸.

Inicialmente, deve-se considerar a origem da cláusula de inviolabilidade do domicílio a partir de sua relevância para a dignidade e o pleno desenvolvimento da pessoa humana, uma vez que aquela garantia guarda estreita conexão com a esfera da vida privada, familiar e social assegurando um lugar de honra nos denominados direitos da integridade pessoal. Vale destacar a origem desse direito fundamental como oriunda do direito anglo-saxão, a partir da máxima “my home is, my castle” e sua presença nas primeiras Declarações de Direitos, da Virgínia (em 1776), da 4ª Emenda à Constituição Americana (em 1791) e na primeira Constituição da França (em 1791).²⁹

É evidente, também, a vinculação da inviolabilidade do domicílio com a proteção da vida privada e garantia do livre desenvolvimento da personalidade. Em virtude disso, temos que a proteção ao domicílio foi um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais ocupando uma posição de relevância entre os direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da vida pessoal e familiar³⁰. No Brasil, apesar de não conter o termo “domicílio”, a Carta Imperial de 1824 já trazia a casa como asilo inviolável do indivíduo, e, posteriormente, passou a ser prevista em diversos tratados internacionais de direitos humanos.

Em relação a conceito de domicílio, interessante destacar a reflexão pelo renomado jurista Ingo Sarlet:

Muito embora a Constituição Federal de 1988 não tenha utilizado a expressão domicílio, substituindo-a por “casa”, os termos hão de ser tomados como equivalentes, pois a proteção do domicílio, em que pese alguma variação encontrada no direito comparado no que diz com sua amplitude e eventuais pressupostos para sua restrição, é tomada em sentido amplo e não guarda relação necessária com a propriedade, mas, sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais.³¹

²⁸ Artigo 5º, inciso XI da CF/88: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais”, 2018.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. WEINGARTNER NETO, Jayme. 2013.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. WEINGARTNER NETO, Jayme. 2013.

O artigo 150 do Código Penal³², recepcionado pela Constituição Federal, tipifica a conduta de violação do domicílio. Já o §3º de tal dispositivo traz uma excludente de ilicitude em relação aos crimes de violação de domicílio e abuso de autoridade, uma vez que haveria o dever legal das autoridades de ingressarem na residência quando estivesse sendo cometido algum crime. Nesta hipótese específica, fazendo-se uma avaliação da tipicidade conglobante, não haveria crime, mas sim um comportamento determinado, permitido ou fomentado pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, para que o ato seja considerado legítimo, é necessário estar em conformidade com o modelo previamente constituído pela lei, não havendo espaço para aqueles que representam o Estado flexibilizarem, ao seu livre arbítrio, o modelo legal.

Sendo assim, é cristalino e pacífico o entendimento de que o Estado, ao buscar exercer o seu *jus puniendi*, deve fazê-lo em obediência aos parâmetros da lei. Para isto, os preceitos normativos trazem os limites e as bases da forma pela qual a coleta de provas deve ser angariada, evitando-se que o réu seja condenado com base em elementos obtidos de forma incompatível com os fundamentos ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado na persecução penal. É por isso que a Constituição Federal prevê a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, dispondo expressamente:

Artigo 5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 1988)

Partindo destes pontos, temos que a inviolabilidade domiciliar é excepcionada diante de um caso de flagrante delito. Em outras palavras, é possível adentrar em uma residência em qualquer horário do dia ou da noite, mesmo sem ordem judicial, desde que presente o estado flagrancial.

Entretanto, temos a problemática envolvendo o crime permanente, que é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: tráfico de drogas e porte ou posse ilegal de arma de fogo) e admite, enquanto não cessar a permanência, a prisão em flagrante a qualquer tempo, mesmo que dentro da residência do suspeito. Na prática, esse entendimento dá ensejo a abusos

³² Artigo 150, §3º do Código Penal - *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. [...] § 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: [...] II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.* - Importante ressaltar que com a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019), houve uma maior reprimenda deste delito quando praticado por funcionário público.

cometidos pelas forças policiais, que não raro violam o domicílio de uma pessoa sem qualquer elemento indiciário prévio que indique o estado de flagrante delito.

Em alguns casos o cenário é ainda pior, como nas situações em que policiais ingressam no domicílio sem autorização judicial, não identificam qualquer ilegalidade e, para evitar alguma responsabilização administrativa, civil ou criminal, forjam a situação de flagrância. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal possui firmes decisões no sentido de que o ingresso da força policial em domicílio, no caso de flagrante, se torna viável independentemente de ordem judicial.³³

De maneira oposta ao entendimento da Suprema Corte, importante destacar a crítica a este posicionamento realizada pelo nobre magistrado André Nicolitt:

“Entendemos que neste caso a questão não é bem compreendida pelos órgãos julgadores. Não se pode confundir o fato de estar cometendo um crime com a situação de flagrante. O flagrante significa *visibilidade material do delito*. Não existe flagrante quando não há um mínimo de aparência perceptível aos sentidos relativamente à existência de um crime, nos termos do art. 302 do CPP. Quando se ingressa em uma residência sem o mínimo de visibilidade do delito, há violação do domicílio e a superveniente apreensão de droga passa a ser ilícita por força dos incs. XI e LVI do art. 5º da Constituição e do art. 157 do CPP. O que autoriza o ingresso no domicílio é a percepção do cometimento do crime (flagrante) e não o simples cometimento sem que ninguém perceba pelos sentidos.”³⁴

4. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA: O RE 603.616/RO

Procurando estabelecer parâmetros seguros para a harmonização entre a garantia da inviolabilidade domiciliar e do interesse legítimo do Estado em proceder à persecução penal diante da ocorrência de um delito, chega-se ao cerne do artigo, em que será analisado o Recurso

³³ RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014). No mesmo diapasão é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 40.796, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8.5.2014; AgRg no AREsp 417.637, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9.12.2014

³⁴ NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 935

Extraordinário 603.616 do Supremo Tribunal Federal bem como suas repercussões no âmbito jurídico e prático.

No final do ano de 2015, o STF por meio do julgamento de um Recurso Extraordinário (RE) 603.616 proferiu uma importante decisão a respeito do tema de inviolabilidade domiciliar e prisão em flagrante. A sessão plenária contou com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com a presença de todos os ministros à exceção do Ministro Luís Roberto Barroso e da Ministra Cármen Lúcia ausentes justificadamente.

Tal julgamento se deu a partir de um caso concreto onde o recorrente (Paulo Roberto de Lima) foi preso em flagrante na posse de aproximadamente 8,500 Kg de cocaína localizados pela polícia dentro de um veículo de sua propriedade, estacionado na garagem de sua residência. Como se trata de um crime permanente, a busca foi realizada sem a ordem judicial. Porém, havia no entender dos ministros “fundadas razões” para afirmar que Paulo Roberto se encontrava em flagrante delito quanto ao crime de tráfico de drogas conforme o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Na descrição do caso, Reinaldo, após partir da casa do recorrente dirigindo um caminhão, foi interceptado e no interior do veículo localizada quantidade superior a 23 kg de cocaína no interior do veículo. Após ser preso em flagrante, confirmou ter recebido a droga de Paulo Roberto. Em seguida, os policiais se dirigiram à casa do recorrente e adentraram sem consentimento e autorização judicial encontrando o restante de entorpecente e efetuando a prisão do mesmo em flagrante delito. O Acórdão sustenta a existência de elementos suficientes para indicar fundadas razões de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas. Ao final da sessão plenária, por maioria dos votos, foi fixada a seguinte tese:

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. (STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.)

4.1. Os votos dos Ministros

A tese acima exposta foi firmada por uma quase-unanimidade. Deve-se ressaltar que todos os ministros, com exceção do Min. Marco Aurélio, acompanharam o relator, desprovendo o recurso e ratificando a tese proposta.

Inicialmente, o ministro relator Gilmar Mendes demonstrou, com fundamento na jurisprudência até então firmada pelo STF, que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente. Entretanto, demonstrou também que essa tese esvazia a inviolabilidade domiciliar, na medida em que ocorrem abusos e arbitrariedades, contrariando a interpretação da própria Constituição e dos tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário.

Ao propor a evolução do entendimento, o ministro expôs a importância da cláusula de inviolabilidade domiciliar na evolução e consolidação dos direitos fundamentais discutindo, de forma abundante, como tal garantia foi tratada nas constituições do Brasil e de diversos outros países (Alemanha, Portugal, Espanha, Japão, e etc.), bem como em tratados internacionais. Neste sentido, em seu voto, o ministro relator tratou da questão envolvendo o crime permanente (no caso, o delito de tráfico de drogas) e da possibilidade do flagrante a qualquer tempo como uma interpretação tradicional em nosso direito que se mostraria, porém, insatisfatória. Em suas palavras:

Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia. Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação. [...] A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Imagine-se, por exemplo, que a polícia selecionasse casas por sorteio e, nas escolhidas, realizasse busca e apreensão, independentemente de qualquer informação sobre seus moradores. Certamente, seriam flagrados crimes em algumas delas. O resultado positivo das buscas, no entanto, não justificaria sua realização. O fundamental é que o critério para a decisão de realizar a entrada forçada foi arbitrário. (STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.)

De maneira objetiva, conclui-se que seu voto se baseia na proteção contra a busca arbitrária, exigindo que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, e não depois. Desta forma, o relator negou provimento ao recurso extraordinário, no que foi seguido pela maioria dos pares, que firmaram a tese anteriormente exposta.

O ministro Teori Zavascki afirmou que a tese proposta é compatível, não só com a Constituição, mas também com os tratados e convenções internacionais a que estamos submetidos. Por sua vez, a ministra Rosa Weber defendeu que a tese não se cinge à higidez da

prova obtida mediante busca e apreensão em residência sem autorização judicial, mas se manifesta sobre a forma como há de proceder a Polícia para que se reconheça validade à sua diligência. O ministro Luiz Fux também se manteve firme no apoio à tese e afirmou que um cidadão sequestrado só pode ser libertado do cativo se adotada a tese em questão. O ministro Dias Toffoli apenas aderiu à tese, sem maiores aprofundamentos.

Já o ministro Celso de Mello tratou da inviolabilidade domiciliar como um tema sensível e um dos mais significativos direitos fundamentais da pessoa humana. Entretanto, também acompanhou o voto do relator. O ministro Ricardo Lewandowski, presidente da sessão plenária, reproduziu em seu voto o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal e, sustentou o entendimento de que “ter em depósito” drogas configura um crime permanente e, portanto, ensejaria a condição de flagrância. Logo, nessa situação estaria justificada a invasão do domicílio sem a autorização judicial. A tese firmada, no seu entender, seria uma salvaguarda suficiente para prevenir eventuais abusos das autoridades policiais.

Finalmente, o ministro Edson Fachin defendeu em seu voto a tese fixada em sede de repercussão geral. Em sua análise, sinalizou a necessidade de se impor limites à atividade policial bem como ressaltar como válidas informações de flagrância obtidas por agentes policiais, dentre elas, as denúncias anônimas.

Em sentido contrário ao ministro relator e demais ministros, Marco Aurélio Mello defendeu que no caso em questão não houve crime permanente. Para ele, a ação policial já havia se esaurido na apreensão do entorpecente dentro do caminhão na via pública e, com isso, não haveria base legal para o agente continuar a busca na garagem do recorrente Paulo Roberto, que era corréu do motorista Reinaldo.

Desta forma, segundo o ministro Marco Aurélio, haveria necessidade de um mandado judicial de busca e apreensão para validar a prisão em flagrante do recorrente, uma vez que apenas a palavra do corréu (preso com cocaína no caminhão) indicando onde estaria o restante do entorpecente não seria suficiente para a condenação e muito menos constituiria “fundadas razões” para a entrada em domicílio, tornando-se verdadeira transgressão ao inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

Conforme o referido ministro, não se pode, a partir de uma simples suposição que se coloque em segundo plano a garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar, esvaziando-a. Com isso, houve indicação e a capacidade intuitiva, a partir dessa indicação, de que o proprietário da casa teria drogas escondidas. De maneira coerente, nos traz:

O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta. [...] Daqui a pouco, não vai haver mais a garantia constitucional da inviolabilidade, que é a regra, e a exceção tem que ser interpretada de forma estrita, da inviolabilidade da casa. Não se avança culturalmente assim. Creio que o Brasil precisa combater esse mal maior que é o tráfico de entorpecentes, mas, em Direito, o meio justifica o fim e não o inverso. (STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015)

Em outras palavras, a tese firmada pelo STF simplesmente indica que o ingresso em residência sem mandado judicial fica ao critério e sob a responsabilidade de cada policial, que será punido pelos abusos cometidos, podendo responder criminalmente por seus atos. Os ministros apelam, portanto, para o discernimento dos próprios agentes no momento da ação policial, compreendendo ser indispensável a prévia existência de elementos que demonstrem no contexto fático a provável situação de flagrante delito apta a justificar a violação do domicílio. Portanto, caberia aos policiais, durante o trabalho cotidiano, a análise da existência de *fundadas razões* para a concretização da diligência, e ao Poder Judiciário o controle posterior da ação.

Com isso, o controle da ação policial em eventual prisão em flagrante, deveria ser realizado pelo magistrado na audiência de custódia, deixando para a autoridade policial apenas o controle em situações de ilegalidades aberrantes e evidentes. Entretanto, válido e fundamental ressaltar a dificuldade de realização das audiências de custódia para que exista este controle de legalidade prévio. A audiência de custódia é instituto que não se realiza em todas as comarcas do país, por diversos motivos (ausência de Defensoria Pública instituída em regiões mais isoladas, falta de estrutura física e de material, entre outros) o que pode postergar uma prisão manifestamente ilegal. A própria decisão do Min. Fux na ADI 6.299 que suspendeu diversos dispositivos da Lei 13.964/19, mostra a resistência do Judiciário em relação ao instituto.

4.2. Análise do julgado

Nota-se de imediato que o posicionamento da Suprema Corte não eliminou por completo a problemática, pois a expressão *fundadas razões* é polissêmica³⁵, de maneira que persiste a necessidade da doutrina buscar parâmetros mais seguros de interpretação do requisito.

De antemão, deve-se esclarecer que a intuição autoriza, quando muito, a busca pessoal, mas nunca a busca e apreensão domiciliar. Ou seja, a mera suspeita, pressentimento, jamais será hábil para autorizar, por si só, a entrada em domicílio mesmo que haja flagrante posterior sob pena de inadmissibilidade do conjunto probatório e ilegalidade da prisão.

Segundo Ingo Sarlet³⁶, esta decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial e, portanto, de igual maneira devem ser interpretados os elementos prévios em comento³⁷. Sendo assim, a questão central relaciona-se ao que seriam esses elementos prévios. A justificação, *a posteriori*, do ingresso no domicílio sem ordem judicial só deverá ser aceita e, portanto, consideradas lícitas as provas obtidas, nas situações em que houverem indícios prévios tão significativos que certamente o mandado de busca e apreensão seria deferido pelo juiz.

Com isso, a título de exemplo, elementos objetivos poderiam ser obtidos pelos seguintes meios: filmagens ao redor da residência demonstrando grande movimentação de usuários e comércio de drogas ou armas; libertação de uma vítima do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 CP) no qual, ao descobrir a existência de outras vítimas, policiais adentram no cativeiro e libertam as demais; interceptações telefônicas que comprovem a exploração sexual de menores em determinada casa; agente policial infiltrado que repassa informações privilegiadas a respeito da existência de organização criminosa instalada em determinada casa³⁸; entre outros. Situações como essas autorizariam a entrada forçada em domicílio independentemente de ordem judicial, haja vista a clara situação de crimes permanentes bem como elementos prévios justificadores da ação.

Ademais, a ação imediata e sem ordem judicial, deve ser tomada se a entrada for imprescindível para impedir dano à vítima, aos policiais ou terceiros, dificultar a destruição de

³⁵ HOFFMANN, Henrique. 2017

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. 2013

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2015. Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial.

³⁸ Art. 10, Lei 12.850/2013: A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

provas, impedir a fuga do suspeito ou alguma outra consequência que embargue indevidamente esforços de aplicação da lei ³⁹.

Com isso, é evidente a possibilidade da entrada na casa, independente de ordem judicial, em situação flagrancial. Entretanto, o grau de certeza revela-se controvertido quanto à ocorrência do crime que permitiria a atuação do agente. Sendo assim, ressalta-se a existência de três correntes.⁴⁰

A primeira nos traz a necessidade da certeza visual, por parte do agente de segurança pública, do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva de via pública, sendo que tal posicionamento exige juízo de certeza.⁴¹

Já a segunda posição defende não se exigir que o policial enxergue o crime acontecendo dentro da residência, mas sim demonstre que havia fundadas razões de que estava diante de uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas. Ou seja, trata-se de um juízo de probabilidade, demonstrado por elemento externo objetivo, que exige a demonstração por outros meios além do olhar da via pública (tais como a palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica)⁴².

A terceira e última corrente parte da premissa de que é dispensável exigir-se do policial a certeza visual do flagrante e mesmo a demonstração de fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal. Segundo Henrique Hoffmann⁴³, esta corrente contenta-se com um mero juízo de possibilidade, aferível por elemento interno subjetivo. Essa corrente merece críticas por conferir ampla discricionariedade ao agente público o que, sem dúvidas, consolidaria abusos e esvaziaria a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, se filiou à posição intermediária no RE 603.616. Depreende-se da fundamentação do voto do ministro relator o seguinte:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. (...) Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de

³⁹ HOFFMANN, Henrique. 2017.

⁴⁰ HOFFMANN, Henrique. 2017.

⁴¹ MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25

⁴² BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável. In: HOFFMANN, Henrique. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

⁴³ HOFFMANN, Henrique. 2017

Processo Penal exige apenas “fundadas razões”. [...] A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. (STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015)

Recentemente, o STJ⁴⁴ ratificou essa orientação ao considerar ilegal a entrada de policiais em uma residência sem autorização do morador, e confirmou a absolvição que já havia sido proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No caso, o acusado de tráfico havia sido abordado na rua e, diante dos policiais, correu para sua residência. Os policiais o perseguiram, entraram no imóvel, ali encontraram certa quantidade de droga e efetuaram a prisão em flagrante.

Para o STJ, é impossível considerar lícita a violação do domicílio, neste caso, porque nenhuma diligência prévia indicava que na casa havia droga armazenada. O que levou os policiais a entrar na casa foi a mera intuição de que o local pudesse estar sendo utilizado para atividades ilícitas, sem, contudo, algo concreto que justificasse o afastamento da garantia constitucional. A situação de flagrância não havia sido identificada, com a segurança necessária, antes da entrada no imóvel, mas fora descoberta por acaso após a entrada. Não é possível, portanto, que o estado de flagrância identificado por mera eventualidade sirva para dar respaldo retroativo à violação de domicílio que deveria ter sido precedida de ordem judicial.

Estabeleceu-se, dessa forma, que a entrada em domicílio em que recaia a suspeita de tráfico de drogas ou outro crime permanente ou não em situação de flagrante, deve se basear em elementos objetivos da prática do crime, não em simples deduções a respeito do que pode estar acontecendo a fim de controlar ingerências e abusos na intimidade e vida privada do suspeito por parte do agente estatal.

Nesta mesma linha de pensamento, vale ressaltar os ensinamentos do delegado de polícia Henrique Hofmann⁴⁵. Além disso, a denúncia anônima, por si só, não constitui embasadas razões a autorizar o acesso à residência, devendo ser robustecida com elemento

⁴⁴ REsp 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 30/05/2017

⁴⁵ A situação flagrancial deve ser detectada com certa segurança antes da entrada no imóvel; a descoberta por acaso após o ingresso não serve para dar amparo retroativo à violação de domicílio (que nesse caso deveria ter sido precedida de mandado judicial). Em outras palavras, se a entrada na casa for injustificada, o posterior achado de objetos ilícitos em seu interior não torna lícita a ação, sob pena de esvaziar a franquia constitucional. A intuição autoriza quando muito a busca pessoal, mas nunca a busca e apreensão domiciliar. (BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável. In: HOFFMANN, Henrique. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

adicional. Esta advertência restou consolidada pelo STF em outros julgados⁴⁶. A *notitia criminis* apócrifa só será útil uma vez seguida de diligências (ainda que breves) como, por exemplo, campanhas policiais, interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, entre outros, para confirmar os fatos nela noticiados.

Desta forma, a utilização de notícias apócrifas (denúncia anônima) deve ser utilizada apenas como elemento para embasar procedimentos iniciais de investigação e jamais como fundamento para a imediata instauração de inquérito policial ou autorização de medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, especificamente sobre a denúncia anônima, bem pontuou o Ministro Celso de Mello:

Os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.); (b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (disquedenúncia p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento em relação às peças apócrifas. (Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11.11.2005).

Desta maneira, imprescindível a precaução e a busca por elementos mais concretos para a correta delimitação do âmbito de proteção da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Vale ressaltar que essa cautela é também de interesse do próprio agente policial, que com ela evita incorrer em responsabilidade penal, civil e administrativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando o presente artigo, conclui-se a respeito do caráter imprescindível da existência prévia de elementos que se mostrem aptos a constituir situação provável de flagrante delito. Tais elementos serão de extrema importância para determinar a legalidade da prisão bem

⁴⁶ HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; STF, RHC 117.988.

como a possível validação ou invalidação das provas obtidas em virtude do ingresso no domicílio.

Com isto, a atividade policial, por estar diretamente relacionada aos direitos fundamentais, deve se desenvolver sob as garantias da Constituição Federal de 1988. Desta forma, é dever do Estado, por meio das polícias, judiciária e administrativa, assegurar o respeito ao ordenamento jurídico, proporcionando o direito à segurança pública e que, por sua vez, desencadeia o exercício das demais proteções fundamentais.

Válido reforçar que essa decisão do STF fixando tal tese representa um avanço (antes a tentativa de delimitação de parâmetros do que a inexistência deles) e pretende servir de norte para a atividade policial e para os operadores do Direito oferecendo orientação mais segura para os agentes de segurança pública por meio da análise indispensável do caso concreto e suas circunstâncias. Tal afirmação é fundamentada sob a ótica da garantia constitucional em comento. Ao mesmo tempo em que a casa não pode ser vista como um “escudo protetivo” a alçar ambiente inquebrantável em favor de delinquentes em flagrante, ela também jamais poderá ser vista como um espaço de entrada franca.

É exatamente neste sentido que o Supremo Tribunal Federal evoluiu o seu posicionamento por meio do Recurso Extraordinário 603.616, uma vez que antes de tal julgamento, o flagrante posterior, e tão somente este, justificaria a invasão domiciliar gerando ampla margem para o agente de segurança pública cometer abusos.

Na prática, o policial por meio de mera suspeita adentrava ao domicílio e caso constatasse situação de flagrante, mesmo sendo por “sorte” ou “adivinhação”, a prisão seria legal não incorrendo em violação de domicílio e nulidade das provas obtidas. Entretanto, é preciso dar o próximo passo, qual seja, identificar o que se enquadra e o que não se enquadra no conceito aberto de “fundadas razões”. Sendo assim, a análise cautelosa do caso concreto e de elementos que traduzem a existência de lastros probatórios mínimos para confirmação do flagrante, nos trazem o verdadeiro sentido da proteção às garantias fundamentais e ao domicílio presentes na Carta Magna de 1988.

Apesar de haver concordância quanto à exigência de elementos concretos prévios que possibilitam a prisão em flagrante, críticas existem e precisam ser enfrentadas. Por óbvio, é difícil esgotar todos os exemplos e criar um rol taxativo para evidenciar as situações que se enquadram ou não neste termo, mas pode-se adiantar que a simples suposição ou intuição jamais consistirá em “fundadas razões” para adentrar em um domicílio. Desta forma, partir da

tese fixada no julgamento em questão podemos estar iniciando um novo problema através da “banalização” do mandado judicial em virtude da ausência de direcionamento do que realmente constitui “fundadas razões” bem como o que é necessário para sua evidência.

As autoridades policiais e seus agentes, até mesmo em função do “clamor social” pelo encarceramento de criminosos, podem de certa maneira desprezar a autorização judicial tornando-a exceção, ao passo que a Constituição Federal a tem como regra. Com isso, no cotidiano policial, tal agente público pode usar o elemento que, conforme sua própria convicção e experiência no meio policial adquiridos ao longo do tempo, achar categórico (“fundadas razões”) e adentrar no domicílio. Desta forma, tanto a jurisprudência quanto a doutrina devem aprimorar a análise desta questão tornando mais seguro o verdadeiro significado do conceito aberto em comento.

Feito isto, a aplicação e instrução dessa interpretação firmada pelo STF deve ser repassada de maneira correta por meio de profissionais qualificados e estudiosos do assunto (professores e juristas, por exemplo) àqueles que lidam diretamente com a segurança pública com o fim de evitar abusos e arbitrariedades.

Por fim, com o objetivo de assegurar a preservação da garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar, mesmo após a tese fixada pelo STF a respeito do flagrante no domicílio, deve ser conferida extrema prioridade e importância à ordem judicial, como pilar da segurança jurídica, caso esta possa ser obtida em tempo suficiente à eficácia da medida, aplicando-se a interpretação registrada por esta corte superior apenas nos casos em que por fatores locais (déficit de funcionários na comarca, excesso de trabalho, entre outras situações desfavoráveis) torne inviável ou indolente a espera pela autorização judicial para que se possa adentrar em determinado domicílio e executar a prisão.

Com isso, a ordem judicial poderá trazer o máximo respaldo jurídico para o agente de segurança e para a ordem jurídica, pois ali estará configurada uma situação em que o juiz avaliou a existência de um crime permanente, bem como a existência no caso concreto de fundadas razões para se efetuar o flagrante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª Edição, rev., atual. e ampl. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 de set. de 2019.

_____. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 de set. de 2019.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de set. de 2019.

_____. Lei de Drogas. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2019.

_____. Lei de Organização Criminosa. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2019.

_____. Lei de Prisão Temporária. Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 77.

GOMES, Luiz Flávio, Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal/ Brasil; 12ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 26.

HOFFMANN, Henrique. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policial-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>>. Acesso em: 27 de set. de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 7ª Edição, 2019. Pág. 984. Salvador: Editora Juspodivm.

LOPES JR., Aury Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal – 22. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Atlas, 2018.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.004 - RS do STF, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; STF, RHC 117.988. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/intuicao-policia-nao-autoriza-invasao.pdf>>. Acesso em: 24 de set. de 2019.

SANNINI NETO, Francisco. Prisão em flagrante e inviolabilidade domiciliar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-em-flagrante-e-inviolabilidade-domiciliar/>>. Acesso em: 28 de set. de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. Revista dos direitos fundamentais e democracia. Curitiba, v.14, n.14, p. 544-562, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjKerq7lAhXIqFkKHZz7AUEQFjAAegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Frevistaeletronicardfd.unibrasil.com.br%2Findex.php%2Frdfd%2Farticle%2Fview%2F470%2F358&usg=AOvVaw0R1u-qEGuLVyDTDVOL-tNp>>. Acesso em: 18 de out. de 2019.

_____, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial>. Acesso em: 28 de out. de 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário de nº 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=3403>>. Acesso em: 24 de set. de 2019.

TALON, Evinis. Os limites da prisão em flagrante no domicílio do investigado. 2018. Disponível em: <<https://evinistalon.com/limites-da-prisao-em-flagrante-domicilio-do-investigado/>>. Acesso em: 28 de set. de 2019.

_____. STJ: Flagrante preparado e o crime de tráfico de drogas. 2019. Disponível em: <<https://evinistalon.com/stj-flagrante-preparado-e-o-crime-de-trafico-de-drogas/>>. Acesso em: 29 de set. de 2019.

ZANON, Raphael; DECARLI, Rodolfo Luiz. A denúncia anônima e a violação de domicílio à luz do RE 603.316/RO do STF. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40561/denuncia-anonima-e-a-violacao-de-domicilio-a-luz-do-re-603-316-ro-do-stf>>. Acesso em: 28 de set. de 2019.

