

O FLAGRANTE DELITO FRENTE A INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO¹

(The Flagrant Crime in Front of the Involability of Domicile)

Dionisio Machado de Oliveira²

RESUMO

Este trabalho possui o objetivo de analisar de forma crítica e interpretativa o contexto histórico e jurisprudencial nos casos de flagrante delito, demonstrando a evolução interpretativa dos tribunais sobre a inviolabilidade do domicílio, demonstrar quais são as exceções que a legislação permite a mitigação do princípio da inviolabilidade de domicílio, primordialmente no caso de flagrante delito nos crimes permanentes, sendo o maior gargalo destes, o crime do tráfico de drogas e a posse de arma de fogo, crimes que conflitam com a segurança da sociedade em geral, uma vez que estão extremamente ligados a violência. Sendo, analisados princípios constitucionais e processuais penais do ordenamento brasileiro, os quais são necessários para a compreensão do tema. Posteriormente, o estudo demonstra a obrigação de agir das forças policiais do Estado, diante do crime permanente, não sendo cabível o poder discricionário, inclusive incorrendo em crime, diante da sua inércia ou omissão. Por fim, verificam-se as decisões dos tribunais de justiça que excedem seus limites na intenção de proteger direitos, o que dificulta a ação das forças policiais para com aqueles que estejam praticando crimes permanentes em seus domicílios.

Palavras-chave: inviolabilidade de domicílio; flagrante delito; crime permanente; tráfico de drogas.

ABSTRACT

This work has the objective of critically and interpretively analyzing the historical and jurisprudential context in cases of flagrante delicto, demonstrating the interpretative evolution of the courts on the inviolability of the home, demonstrating which are the exceptions that the legislation allows for the mitigation of the principle of inviolability of domicile, primarily in the case of flagrante delicto in permanent crimes, being the biggest bottleneck of these, the crime of drug trafficking and possession of a firearm, crimes that conflict with the security of society in general, since they are extremely linked the violence. Therefore, constitutional principles and criminal procedures of the Brazilian legal system were analyzed, which are necessary for the understanding of the subject. Subsequently, the study demonstrates the obligation of the State police forces to act, in the face of permanent crime, not being applicable the discretionary power, even incurring in crime, in the face of its inertia or omission. Finally, there are the decisions of the courts of justice that exceed their limits in the intention of protecting rights, which makes it difficult for the police forces to act against those who are committing pervasive crimes in their homes.

Keywords: inviolability of home; flagrante delicto; permanent crime; drug trafficking

¹ Artigo científico elaborado como Trabalho de Conclusão de Curso, requisito para obtenção do diploma de graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação do Professor Karlos Alves Barbosa.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – O HISTÓRICO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO EM NOSSO ORDENAMENTO; 3 – SEGURANÇA PÚBLICA, DEVER DO ESTADO, DIREITO E RESPONSABILIDADE DE TODOS; 4 – TIPOS DE FLAGRANTE; 4.1 – FLAGRANTE PRÓPRIO; 4.2 – FLAGRANTE IMPRÓPRIO; 4.3 – FLAGRANTE PRESUMIDO; 4.4 – FLAGRANTE PREPARADO; 4.5 – FLAGRANTE ESPERADO; 4.6 – FLAGRANTE PRORROGADO/AÇÃO CONTROLADA; 4.7 – FLAGRANTE FORJADO; 5 – PRISÃO EM FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE; 6 – HISTÓRICO E TENDÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO FRENTE AO FLAGRANTE DELITO; 6.1 – HISTÓRICO E TENDÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO COM O CONSENTIMENTO DO MORADOR; 7 – GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR; 8 – CONCLUSÃO; 9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 – INTRODUÇÃO

A sociedade sofre com o aumento vertiginoso da criminalidade, ainda mais no que tange aos crimes violentos, motivo pelo qual, necessário se faz uma reflexão aprofundada sobre a efetividade do sistema processual penal e seus institutos.

Por outro lado, o direito constitucional traz consigo inúmeros direitos individuais, referidos como fundamentais, dentre eles: a intimidade, propriedade e liberdade, para os quais é devido toda a formalidade e legalidade, quando se tratar do cerceamento da liberdade de uma pessoa.

O respeito aos direitos e garantias individuais, visam garantir a mínima intervenção do Estado de forma que a sociedade tenha uma convivência pacífica e ordeira, portanto, tem relevante importância para o âmbito jurídico processual da coletividade, tratando-se de assunto significativo no meio acadêmico, uma vez que são estes enlaces que delineiam a limitação do Estado quanto a intervenção na intimidade privada de uma pessoa, não restando dúvida alguma que, a residência de uma pessoa é algo íntimo e pessoal.

Em outro giro, o ordenamento garante aos indivíduos, ou seja, ao povo brasileiro, natos ou naturalizados, viajantes, turistas e afins, os direitos sociais, elencados na Constituição Federal (CF) de 1988, em seu artigo (Art.) 6º, há saber os direitos fundamentais de segunda geração, direitos estes que carecem de uma prestação jurisdicional do Estado, para se concretizar, estando entre eles, o direito a segurança.

Portanto, existe a dicotomia da efetivação prestacional de um direito frente a prestação negativa de outro direito, qual seja, a liberdade, já que para prestar o segundo, aquele que carece da ação positiva do Estado, não há como não interferir no primeiro, o que necessita da prestação negativa do Estado, não interferindo na vida de seus cidadãos, ou aqueles que estejam no país,

mesmo que por passagem.

Neste viés, sobre o que será melhor para a sociedade, ou o que, seria melhor para o indivíduo, determinando até que ponto deve o Estado intervir na intimidade das pessoas, para prestar o direito constitucional da segurança, ou se, seria a casa um asilo intocável frente ao flagrante delito, servindo como uma lugar seguro para perpetuar os crimes.

No contexto, sobre, qual seria o limite para se concretizar o direito a segurança para a sociedade contemporânea, onde o judiciário deve interpretar e determinar o limite dessa linha tênue, para garantir a segurança dentro do que a legislação e os institutos determinam, abordando a evolução histórica das decisões dos Tribunais Superiores, sendo então o que pretende esse trabalho: a prisão em flagrante delito perante a inviolabilidade de domicílio, no que tange ao contexto das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Superior Tribunal Federal (STF), o que vem se alterando com o tempo, renovando com frequência a perspectiva do flagrante delito em domicílio.

2 - O HISTÓRICO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO EM NOSSO ORDENAMENTO

O direito a inviolabilidade de domicílio, já se faz presente no ordenamento brasileiro há quase duzentos anos, consagrado em nossas cartas magnas, desde de a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824 (BRASIL, 1824) especificamente em seu art. 179, VII:

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

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

Observar-se que, a inviolabilidade de domicílio, estipulada em nossa Constituição de 1824, assim se manteve, passando pelas de 1891 e 1934, até a de 1937, quando foi retirada por força do Decreto 10.358, de 31.8.1942 - A declaração de estado de guerra em 1942, vindo o mesmo a suspender a inviolabilidade domiciliar, prevista no Art. 122 n. 6, CF/37. Sendo a inviolabilidade de domicílio retomada pelas Constituições de 1946 e 1967 e emenda constitucional 1/69, e assim se mantém consagrada em nossa CF atual, nos moldes:

Art. 5º CF/88:

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, 1988)

Assim, fica claro que o assunto se faz de suma importância no que tange o direito constitucional, inclusive tendo um contexto histórico, o qual já está inserido na sociedade há quase dois séculos, sendo retirado, apenas uma vez, e mesmo assim, por motivo de uma guerra.

No entanto, deve ser observado que esta garantia constitucional, tão sedimentada, estabelece quatro exceções: (I) Flagrante Delito; (II) Desastre; (III) Prestação de Socorro; (IV) Determinação Judicial.

O flagrante delito, segundo Lima (2020, p. 1027) se mostra imperioso para o tema a ser debatido, o qual será intensamente demonstrado em momento oportuno, adiantando aqui o seu conceito:

A expressão ‘flagrante’ deriva do latim ‘flagrare’ (queimar), e ‘flagrans’, ‘flagrantis’ (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

O desastre e prestação de socorro se relacionam, uma vez que os dois tem um caráter emergencial, destarte, quando necessário a exceção da inviolabilidade do domicílio por tais motivos, muito raro será o questionamento, uma vez que, se necessário for, seria para salvar alguém, de um perigo iminente ou atual. Diante da emergência, a lei permite que se entre em qualquer casa, sem a permissão do dono, em qualquer horário, para que o socorro seja prestado.

A decisão judicial por sua vez, tem suas nuances, uma vez que, exige-se a autorização de um magistrado, o qual, tem tempo para analisar a situação, e só assim, emite uma autorização para que a garantia da intimidade domiciliar seja reduzida. Importante se faz, frisar que essa autorização diferentemente do flagrante delito, não pode ser executada no período noturno. Identifica-se uma realidade completamente diferente, tanto é, que uma não pode ser feita a noite, e a outra pode, dado ao perigo que o flagrante delito de um crime representa a sociedade. Compreende-se que o intuito da decisão judicial é colher provas para que o crime seja elucidado, até porque, se a certeza do crime ou de quem cometeu fosse existente, não necessitaria de provas e ao invés de um cumprimento de mandado de busca e apreensão, seria emitido um mandato de prisão.

A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida.

Vale detalhar que mesmo como a decisão judicial de busca e apreensão, decretada por juiz competente, analisada pelo mesmo com calma e sem nenhuma pressão, não logre o êxito pretendido. Não é raro, casos em que os mandados são cumpridos sem alcançar o desejado, sendo, o direito a

intimidade reduzido, sem a total certeza que naquele domicílio vão ser colhidas provas que corroboram para a elucidação de um crime.

3 - SEGURANÇA PÚBLICA, DEVER DO ESTADO, DIREITO E RESPONSABILIDADE DE TODOS

A segurança, direito fundamental de segunda geração, constitucionalmente previsto, tendo vínculo com a dignidade da pessoa humana, portanto, necessária se faz a sua implementação para o alcance da igualdade material e da justiça social, inclusive, o direito de locomoção, uma vez que de nada adianta poder, ir e vir, e não gozar desse direito por falta de segurança (ANDRADE, 1976 & SARLET, 2001). Logo, o direito a segurança, é item fundamental, para os demais direitos previstos, como ao direito a vida; tendo em vista que a falta de segurança, traz o aumento da violência e perturbação a ordem pública e social, estando tal direito elencado no art. 6º da Constituição Federal de 1988:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

O direito a segurança, como um direito social; se difere dos direitos individuais, uma vez que para que o primeiro seja concretizado, necessário se faz a ação do Estado, diante de seu caráter positivo, enquanto que, para que o segundo se concretize, necessário se faz a abstenção do Estado, ou seja, sua inércia, já que se trata de um direito de caráter negativo.

A segurança, não é menos importante que o direito a liberdade, até mesmo porque um não existe sem outro, na verdade eles se completam, sendo os direitos prestacionais são fundamentais para a sociedade e o indivíduo, abrangendo os direitos de acesso e utilização de prestações estatais, constituindo um leque complexo de posições e postulações jurídicas variadas, sendo estes direitos na concepção de Alexy: *"direitos do indivíduo frente ao Estado, a algo que - se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente - poderia obtê-los também de particulares."* (ALEXY, 1997, p. 482).

O direito a segurança social, previsto em nossa carta constitucional engloba vários aspectos, sendo um deles a segurança pública, já que é um direito constitucional previsto, o qual não se concretiza sem a intervenção Estatal na sociedade.

A segurança por sua vez, pode ser dividida, entre segurança nacional (externa), aquela que se destina a defesa do Estado como um país, tendo em vista a proteção do território nacional, da soberania nacional e das instituições políticas; e a segurança interna, que é a que interessa neste momento, essa por sua vez, denominada de segurança pública.

Nada melhor do que, buscarmos o conceito no próprio dicionário, do que seria a “Segurança Pública”, a palavra segurança por sua vez, se conceitua: “*Convicção, certeza*”, é o “*estado, qualidade ou condição de seguro*”, na perspectiva jurídica, tem o sentido de garantia, proteção, enquanto Público: “*pertencente ou destinado ao povo*” (AURÉLIO, p. 610 e 623).

Destarte, Segurança Pública é a situação em que a coletividade, o povo, pode se sentir confiante, certo que o Estado esta cuidando pela sua integridade. Nas palavras de José Afonso da Silva, Segurança Pública é definida como: “*uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas, tendo a segurança pública a finalidade principal da preservação e manutenção da ordem pública, com uma situação de “pacífica convivência social, isenta da ameaça de violência”*”. (SILVA, p. 649 e 650).

A segurança pública é uma obrigação estatal, prevista no art. 144 da CF/88, na medida que as atividades desenvolvidas pelos policiais são públicas. Cabe as policias preservar a ordem pública e proteger os integrantes da coletividade da violência, com prevenção e repressão às atividades delituosas. As atividades ligadas à segurança pública visam o controle do crime e à segurança e proteção do cidadão contra a criminalidades, como afirma Sabadell:

O Estado moderno, baseado no monopólio da violência, é considerado fundador da paz e garantidor da segurança dos cidadãos A segurança interna é considerada um dever do Estado: em primeiro lugar como dever da polícia e dos órgãos da justiça penal, para reprimir os comportamentos criminais, lesivos à integridade física, moral e do patrimônio dos cidadãos e lesivos aos interesses do Estado.(SABADELL, 2000)

Claro que o crime é um fator social presente em todas as sociedades, isso é demonstrando por estudos e doutrinadores, não sendo novidade alguma, como também é evidenciado que os índices de criminalidade estão intimamente ligados a desigualdade social; a pobreza e a falta de expectativas de ascensão social contribui para que os índices da criminalidade aumente, qualquer teoria que venha a querer exterminar o crime, não passaria de uma utopia, uma vez que tal coisa, se faz impossível.

No entanto, qualquer país que tente uma resposta séria para combater a criminalidade, passará por uma redução, com uma política de combate a desigualdade social, e mesmo assim, a solução será de médio a longo prazo.

O principal fator da criminalidade é a desigualdade social, sendo o alto índice de crimes consequência disso, por outro lado, esse argumento apenas não deve ser usado para que o Estado não atue com prestação social da segurança pública, com medidas necessárias para combater o criminalidade, não se pode deixar de investigar e combater atitudes que configurem crime, enfim, não pode ser usado pelo o Estado que o crime é fruto da desigualdade social, a falha do Estado em não conseguir diminuir as desigualdades sociais, não justifica, nem torna correta ou permitida a

prática da atitude criminosa ou violenta cometida por qualquer pessoa que esteja sofrendo com a desigualdade social, muito menos a tolerância do Estado para com quem está delinquindo.

4 - TIPOS DE FLAGRANTE

O flagrante delito é de suma importância para o ordenamento jurídico, uma vez que por ele a prisão sem uma ordem judicial é permitida, ou a condução do indivíduo na situação de preso a autoridade policial, interessante se faz o entendimento doutrinário, que aponta o Delegado de polícia como autoridade policial e não jurídica, porém, ele é o primeiro no ciclo da flagrância capaz de concluir pela ratificação da prisão ou ilegalidade, relaxando a prisão, conforme determina o Art. 304 caput e § 1^o do Código de Processo Penal(CPP) quando necessário, sendo o delegado, o primeiro no ciclo da prisão em flagrante com autonomia, tendo poder de decisão, com a análise sobre a legalidade ou não da prisão.

Claro, que a autonomia que ele possui se limita a análise da lei e não ao seu bel-prazer, devendo analisar se a prisão é legal ou não, ou que os requisitos do flagrante estão preenchidos, ao delegado de polícia, cabe analisar se a prisão procede ou não; ratificando ou relaxando a mesma, o efeito direto do relaxamento é a colocação imediata do conduzido em liberdade. Isso ocorre pois não se admite que o Estado mantenha alguém sob custódia quando o procedimento não seguiu os rigores legais.

O flagrante delito é tão importante para o ordenamento, e porque não dizer, para a vida em sociedade, que permite que qualquer cidadão do povo possa prender, quem seja presenciado delinquindo ou até mesmo cometendo uma infração penal, já que a prisão em flagrante delito, pode ser executada por qualquer um do povo, não só pelas forças de segurança, quando a legislação penal, especificamente no Art. 301 do Código de Processo Penal(CPP), nos moldes:

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

Aos policiais, integrantes das forças de segurança do Estado, existe a obrigação de agir, assim, prendendo o infrator que esteja em flagrante, conduzindo-o até a presença do delegado; o termo infrator, usado aqui, não é um termo genérico, pois na verdade o flagrante delito é estabelecido não só para os crimes, como também para as infrações penais.

³Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 1^o Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

A situação de flagrante é definida na legislação penal, para ser mais exato, no art. 302⁴ do CPP, sendo definido qual é a situação de flagrância. Dentro deste flagrante “fogo que arde”, existe vários tipos de flagrância, sendo eles: Flagrante Próprio / perfeito / real ou verdadeiro; Flagrante Impróprio / imperfeito / irreal ou quase perfeito; Flagrante Presumido / Ficto ou assimilado; Flagrante preparado / provocado / crime de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador; Flagrante esperado; Flagrante prorrogado / protelado / retardado ou diferido: ação controlada e entrega vigiada; Flagrante forjado / fabricado / maquiado ou urdido.

4.1 – FLAGRANTE PRÓPRIO

Flagrante Próprio: é quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal, ou acaba de cometê-la, preenchendo assim o que é determinado nos incisos I e II do art. 302 do CPP, chega a ser auto explicativo, dando a literalidade da lei com a situação fática a ser observada. Nota-se que o flagrante próprio configura a possibilidade de prisão, mesmo diante de uma excludente de tipicidade ou culpabilidade, devendo ser a excedente analisada a posteriori, por autoridade competente.

4.2 – FLAGRANTE IMPRÓPRIO

Flagrante Impróprio: ocorre quando o agente é perseguido, logo após ter cometido a infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito, conforme determina o inciso III do art. 302 do CPP. Portanto, deve ser observado as condições necessárias para a sua configuração, sendo elas, três requisitos: o requisito da atividade, que seria a perseguição, o requisito temporal, que seria logo após, e o requisito circunstancial, que seria o que faça presumir a autoria da infração penal.

O entendimento sobre a perseguição no flagrante impróprio, por sua vez, é demonstrada no art. 290,⁵ § 1º alíneas “a” e “b” do CPP, inclusive se mantém o flagrante sendo o infrator perseguido por qualquer pessoa, não sendo necessário ser alguém das forças de segurança pública, como também, basta saber qual a direção que o infrator tomou. Necessário se faz também, a perseguição se iniciar logo após ao crime, conforme nos ensina Aury lopes Jr.:

⁴Art. 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.

⁵Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso. § 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

Elementar, portanto, que para a própria existência de uma “perseguição” com contanto visual (ou quase) ela deve iniciar imediatamente após o delito. Não existirá uma verdadeira perseguição se a autoridade policial, por exemplo, chegar ao local do delito 1 hora depois do fato. Assim, “logo após” é um pequeno intervalo, um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição (LOPES JR, 2019, p. 724).

Outro ponto que necessário se a observância, é o tempo necessário para que o flagrante deixe de ser existente, reverbera a regra popular que o flagrante não pode ultrapassar o prazo de vinte e quatro horas, mas isso não deve prosperar, não sendo o tempo de vinte e quatro horas critério para se definir ou não a existência do estado de flagrância, a prova disso está exatamente no caso do flagrante impróprio. Destarte, é possível sim, um estado de flagrância perdurar por mais de um dia, já que a norma não diz, em momento algum, quanto tempo poderá durar a perseguição, mas apenas que esta deve ter início logo após o delito.

4.3 – FLAGRANTE PRESUMIDO

Nesta modalidade de flagrante, o infrator penal é preso logo depois de ter cometido a infração, o amparo legal fica estipulado no inciso IV do art. 302 do CPP, mas em verdade, o que se difere do flagrante impróprio, é que nesta modalidade não existe a perseguição, basta que a pessoa seja encontrada logo depois da prática ilícita com coisas que traduzam fortes indícios da autoria e participação no crime. Porém, o encontrado não pode ser interpretado como acaso, e sim com a causa, ou seja, deve encontrar aquele que estava procurando. Se foram montadas barreiras policiais para cercarem pessoas que haviam cometido crimes em uma certa região e elas são paradas dentro de um período que estão sendo procuradas, o flagrante está evidenciando sendo este, o presumido. Essa modalidade de flagrante é a mais fraca, frágil e difícil de se legitimar.

4.4 – FLAGRANTE PREPARADO

Flagrante preparado como o próprio nome diz, é quando o agente ou particular, de forma ardilosa, monta o cenário ideal para que o infrator seja flagrado cometendo o crime, tudo isso com o intuito de prende-lo em flagrante, ao mesmo tempo que adota todas as providências para que o ilícito não se consuma. A ilegalidade esta, no que tange a impossibilidade do crime se consumar, acaba que o autor do delito ali presente não passa de um autor de história que já está definida. Dado a impossibilidade da consumação do delito, o crime se torna impossível, em face da ineficiência absoluta dos meios empregados e da ausência de vontade livre e espontânea dos autores, sendo

portanto o crime impossível.⁶, devendo ser considerado atípica a conduta.

O Supremo Tribunal Federal, já sumulou o assunto do flagrante preparado, estando registado na Súmula de nº 145 do STF, a qual informa: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

4.5 – FLAGRANTE ESPERADO

Diferentemente do Flagrante Preparado, nesta modalidade não há nenhum induzimento, domínio da vantagem, simulação, ou provocação. Na verdade, com uma investigação, ou por outro meio lícito, a autoridade policial ou terceiro, limita-se a esperar a ação do infrator, culminando no cometimento do crime, assim sendo efetuada a prisão em flagrante, seja na modalidade consumada ou tentativa.

Discordando da doutrina majoritária, e da jurisprudência, Rogério Greco tem um entendimento diferente do Flagrante Esperado, vislumbrando a possibilidade que o flagrante esperado se torne um crime impossível, se a autoridade policial montar um esquema infalível, que proteja o bem jurídico, de um modo que o crime jamais possa ser consumado. Segundo o autor, se o crime não tem a capacidade de se consumir, mesmo com vontade do agente, não poderíamos atribuir a tentativa de crime, já que ela é impossível de se consumir. Não importando ser o flagrante preparado ou esperado. (GRECO, 2005, p. 328).

Estimulante, se faz a questão das câmeras de vigilância em estabelecimentos, ou até mesmo o monitoramento por policiais, os quais não tornam o agente delinquente absolutamente incapaz de consumir o delito. O STJ já decidiu que a simples presença de sistema interno de segurança, ou ser o agente acompanhado de vigilante enquanto tentava subtrair o bem, não torna o crime impossível, não sendo o agente incapaz de consumir o delito.⁷

Quanto, ao combate as drogas, o flagrante esperando é muito discutido, sobre o que pode e o que não pode, ou melhor dizendo, o que é legal e ilegal. Deve-se observar que o crime do tráfico de droga, titulado na lei 11.343/06, especificamente no art. 33⁸, possui um misto alternativo, portanto, necessário se faz apenas um dos núcleos do tipo verbal para que o crime seja configurado.

⁶ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

⁷ **Súmula nº 567 do STJ:** “Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.”

⁸ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

4.6 – FLAGRANTE PRORROGADO / AÇÃO CONTROLADA

O flagrante prorrogado ou ação controlada nada mais é do que o retardamento da intervenção policial, conseqüentemente a prisão em flagrante dos investigados, aguardando o momento correto, ou aquele momento que mais corrobore para a investigação criminal, visando maior colheita de provas, sendo necessário que mantenha sob estrita e ininterrupta vigilância.

O flagrante prorrogado surgiu no sistema processual penal, no inciso II do art. 2º da revogada Lei n. 9.034/1995, estando também prevista na lei de drogas, na Lei de Lavagem de capitais e atualmente está previsto no art. 8º 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:

1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

4.7 – FLAGRANTE FORJADO

Essa modalidade de flagrante é totalmente artificial, como o próprio nome diz, é a situação que se forja uma prova para incriminar uma pessoa, pode ser cometido tanto pela órgãos de segurança, os quais respondem pelo delito de abuso de autoridade, previsto na Lei nº 13.869/19 em seu art. 9º; caso o ato seja praticado em razão das suas funções, ao ponto que o particular responde pelo crime de denúncia caluniosa, previsto no código penal(CP)⁹, no artigo 339.

5 - PRISÃO EM FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE

Claus Roxin nos ensina que: delitos permanentes são aqueles em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor portanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo. E prossegue o autor, afirmando que os crimes permanentes são, em sua maioria, delitos de mera atividade, mas também podem ser delitos

⁹ Brasil. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal

de resultado, no caso em que um determinado resultado constantemente volte a realizar-se de novo, mantendo-se o estado antijurídico. (ROXIN, 1997, p. 329)

Esclarece Cirino dos Santos que: os tipos permanentes não se completam na produção de determinados estados, porque a situação típica criada se prolonga no tempo conforme a vontade do autor, como o sequestro ou cárcere privado (art. 148), a violação de domicílio (art. 150), em que a consumação já ocorre com a realização da ação típica, mas permanece em estado de consumação enquanto dura a invasão da área protegida pelo tipo legal (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 112).

Do mesmo entendimento compactua Franciso Assis de Toledo, quando diz que o crime permanente é aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado, ou seja, é delito cuja consumação se prolonga no tempo (TOLEDO, 1994, p. 146-147).

Diante da exposição doutrinaria, logo, verifica-se que o crime permanente é aquele que sua prática se estica no tempo, ou seja, sua existência é prolongada, conseqüentemente, enquanto não cessar a permanência, o agente se encontra em situação de flagrância, permitindo assim, a prisão em flagrante, conforme preceitua o art. 303 do CPP¹⁰; importante se faz relatar que essa prisão pode ser feita a qualquer momento, dia ou noite, enquanto durar a permanência do delito.

Nota-se que no crime permanente, incidem regras específicas, como a contagem de prescrição, que só se inicia quando cessa a permanência, conforme o art. 111, III, do CPP, portanto, sendo esta iniciada somente quando o crime se finda. As conseqüências do crime permanente, não param por aqui, vide a súmula 711¹¹ do STF, a qual demonstra o valor que o crime permanente tem para o ordenamento, por ser um crime que se renova a todo instante, vindo a ter vigência uma lei mais gravosa, antes do exaurimento do crime permanente, o mesmo será julgado por essa lei. A exemplo do crime de cárcere privado, tipificado no art. 148 do CP, crime que é permanente e pode perfeitamente durar por meses ou até anos.

Nos crimes permanentes, a flagrância é constante, o que permite a inviolabilidade de domicílio, conforme aduz nossa carta constitucional, em seu Art. 5º, inciso XI:

“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;”

O próprio poder constituinte, deixa claro que no caso de flagrância, a inviolabilidade de domicílio pode ser restringida, sendo excepcionada a necessidade de autorização judicial, uma vez caracterizada a situação de flagrante, viável é o ingresso forçado no domicílio, tendo em vista a Segurança, direito fundamental e condição essencial para o exercício pleno da cidadania, direito este

¹⁰Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

¹¹Súmula 711 do STF: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.”

intimamente ligado a dignidade da pessoa humana, sendo a segurança condição imprescindível para qualquer ser humano. O flagrante delito, no crime permanente, restringe a inviolabilidade de domicílio, não só nos crimes violentos, mas em qualquer tipo de crime permanente.

O Estado, entidade outorgada do poder que emana do povo, possui o dever de promover o bem estar social, concretizando os anseios humanos através de sua atividade pública, correspondendo com as pretensões do corpo social, especificamente, com o controle social e com a prevenção dos atos ilícitos.

Impossível não falar do tráfico de drogas, crime tipificado no art. 33 da lei 11.343/06, crime permanente, no qual a prática esta ligada a vários outros crimes, inclusive violentos, seja pelo mal que causa, atrapalhando jovens e adultos no que seria a sua fase produtiva para com a sociedade, e até mesmo crianças, roubando-lhes a infância; no crime em questão, o perigo é abstrato, é o bem jurídico protegido é a Saúde Pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudica a saúde dos usuários, podendo leva-los à morte. Ainda, no aumento da violência, inclusive de homicídios, tanto de rivais, disputando os locais de venda de drogas, como de usuários, por dívidas de drogas.

Consoante a isso, os problemas das drogas assolam não só o individuo que a usa, mas a sociedade, de modo geral; difícil seria, encontrar alguém que não tenha um parente ou amigo que seja viciado em droga, ou, que não tenha sofrido um delito praticado por alguém que se encontrava sob o efeito de drogas, ou na vontade de obter dinheiro para usa-lá. Ciências do direito, tanto a Criminologia quanto o Direito Penal, estão voltadas para o assunto, tentando achar a melhor forma para resolver esse mal que afeta a incolumidade pública, seja com a descriminalização ou com uma punição mais efetiva.

Segundo dados divulgados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (Unodoc): o mercado de drogas ilícitas movimentada, atualmente, cerca de 900 bilhões de dólares ao ano, o equivalente a 35% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, ou 1,5% do PIB mundial (SMAILI, 2016).

A cifra, por si só é astronômica, dado ao poder de uma indústria que dinamiza e movimentada o crime organizado, com todos os seus tentáculos: tráfico de armas, órgãos e pessoas, contrabando, prostituição, lavagem de dinheiro, corrupção e outras atividades associadas, que, em seu conjunto, movimentam cerca de 2 trilhões de dólares, ou 3,6% de toda a riqueza produzida no planeta.

Nesse contexto, fica evidente o mal que as drogas causam para sociedade, tanto para o indivíduo que usa, prejudicando a própria saúde, pelo vício não conseguindo se manter no mercado laboral, onerando o sistema publico de saúde, tendo em vista ser o uso de drogas um problema de saúde pública, muitas vezes cometendo pequenos delitos para manter o vício, mas sem dúvida alguma, o pior é o tráfico que movimentada bilhões, sendo a principal fonte de renda do crime organizado, que assim se fortalece, tendo força para cometer os mais variados crimes, a ponto de afrontar o próprio Estado.

6 - HISTÓRICO E TENDÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO FRENTE AO FLAGRANTE DELITO

Notório é que, o direito se transforma com uma certa lentidão, quanto mais o direito penal, este sofre mudanças com uma certa letargia, não conseguindo acompanhar a sociedade lado a lado, conseqüentemente, nesse contexto vem as decisões da alta corte do país. Da promulgação da constituição vigente, há qual já esta chegando a trinta e cinco anos, normal se faz a mudança de entendimento de muita coisas, tendo em vista que a sociedade é fluida.

Por vez, o código penal, o qual trata da materialidade dos crimes e o Código de processo penal, o qual trata da formalidade para julgar os crimes; já gozam de mais de 80 anos, claro que repleto de reformalizações, supressões e inclusões, para que assim, possa atender o que o direito preconiza e a sociedade almeja, tendo em vista, que pelo pacto social que vivemos o Estado é o único a exercer o “Jus Puniendi”, o poder de punir, porém, esse poder traz consigo o dever de punir, óbvio que dentro da legalidade e respeitando todos os princípios constitucionais e legalidade.

A inviolabilidade de domicílio, traz consigo a exceção do flagrante delito, o flagrante delito por sua vez, no processo penal, traz a permissão para qualquer um do povo, e o dever para os agentes da segurança pública de agir contra aquele que esteja cometendo o ilícito, com a prisão em flagrante mesmo dentro de sua casa, lugar este que não é um lugar intocável para aquele que esteja cometendo crime.

Neste contexto, sobre a análise histórica e possível tendência das decisões das altas cortes do país, Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, desde da constituição de 1998, a “Constituição Cidadã”, percebe-se que o entendimento vem mudando.

Com a promulgação da constituição, o art. 5º, XI, começou a ser cumprindo na literalidade da letra de lei, conforme demonstra o julgamento: STJ, 6º turma, HC 17.618, rel. Fernando Gonçalves, J. 25/09/2001., DJU 15/10/2001, Ementa do julgamento, in verbis:

PROCESSUAL PENAL. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. TER EM DEPÓSITO. CRIME PERMANENTE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA QUE SE PROTRAI NO TEMPO. PRISÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1 - A conduta de ter em depósito substância entorpecente (cocaína) **qualifica-se como crime permanente e, por isso mesmo, a situação de flagrância se protrai no tempo, sendo, portanto, válida a prisão efetuada nessas condições, ainda que sem mandado judicial.**(grifo nosso)

2 - Na espécie, além de existir mandado de busca e apreensão, caracterizado está o flagrante, pois o paciente foi preso em sua casa, local onde apreendida a substância entorpecente.

3 - Ordem denegada

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior

Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator.

O Julgamento em questão, de 2001, nota-se que não era questionado a permissão do morador, nem a fundamentação das razões para a exceção da inviolabilidade de domicílio, bastando que o crime permanente fosse detectado, assim, tendo êxito a ação policial e a prisão do flagranteado. Claro que tal atitude, gera problema, uma vez que, poderia haver a inviolabilidade inexistindo fundada razões, de que ali estaria ocorrendo um crime permanente, restando, apenas o controle *a posteriori*, nos moldes que aduz o voto do Relator no julgamento do RE 603616.¹²

Este controle deve ser feito por um juiz imparcial, analisando a prisão em flagrante, agindo conforme preceitua o art. 5º, LXII, da CF¹³, destarte, na análise do Magistrado, sendo a prisão ilegal, o relaxamento da prisão era determinado, conforme o art. 5º, LXV, da CF¹⁴.

Certo que o problema da prisão seria resolvido, contudo, a inviolabilidade de domicílio já teria acontecido desnecessariamente, o que não seria reparado nos casos em que o crime não fosse de fato confirmado. Por outro lado, nem mesmo as decisões judiciais, para busca e apreensão, que são emanadas por um juiz competente, com calma e com base em fundada suspeita, tem a certeza completa que algo será apreendido, portanto, pode haver, e de fato, muitos mandados que são cumpridos, sem lograr êxito no que se pretendia, os quais também mitigam o direito da inviolabilidade de domicílio.

Avançando no histórico de entendimento das cortes e suas decisões, denominando assim, a jurisprudência, consequência de inúmeros recursos, tanto no STJ como no STF, cito aqui alguns que foram julgados no STJ: – 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, como também no STF, sobre o mesmo posicionamento: (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).

Tendo em vista o tema que é evidente até hoje, e que naquele momento se encontrava gritante, necessitando de uma posição que fosse adota por todos, veio o julgamento do RE 603616/RO, culminou na Repercussão Geral 0280 do STF, onde foi debatido pela mais alta corte do país, qual seria o posicionamento da justiça para que o direito a inviolabilidade de domicílio fosse reduzida,

¹²STF, RE 603616/RO, Ministro Gilmar Mendes, p. 21. 05/11/2015: No controle a posteriori, a legislação permite aos agentes da administração desde logo atuar, realizando a medida invasiva. Apenas depois de sua concretização, o terceiro imparcial verifica se os agentes da administração agiram de acordo com o direito, analisando se estavam presentes os pressupostos da medida e se sua execução foi conforme o direito.

¹³LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

¹⁴Art. 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

diante da necessidade do poder e dever de agir frente ao flagrante delito.

No Julgamento deste Recurso, que culminou na repercussão geral supracitada, foi aprovada a segunda 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.¹⁵

Portanto, ficou estipulado a necessidade de estar amparado em fundadas razões, as quais, devem ser justificadas a posteriori, ou seja, após a ação, deve ser explicado quais os motivos que levaram a acreditar que ali estaria ocorrendo um crime. Os votos do julgamento, por sua vez, ficaram com oito votos a favor da tese e apenas um contrário, sendo este voto do Ministro Marco Aurélio, o qual entendia que o crime em questão não era um crime permanente.

No mesmo ano, ou seja, 2015, foi discutido a busca domiciliar nos crimes permanentes, conforme os julgados do STF: [RHC 128.281, rel. min. Teori Zavascki, j. 4-8-2015, 2ª T, DJE de 26-8-2015.] 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).

Conforme Julgado: [RHC 128.281, rel. min. Teori Zavascki, j. 4-8-2015, 2ª T, DJE de 26-8-2015], com a decisão que:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. POSSE DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. BUSCA E APREENSÃO. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. IRRELEVÂNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA DO ARTEFATO. DESCRIMINALIZAÇÃO TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO CONFERIDO PELAS LEIS 11.706/2008 E 11.922/2009. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Busca e apreensão autorizada judicialmente em propriedade rural, compreendida por seus vários imóveis. Inocorrência de ilicitude da prova por ofensa ao princípio da inviolabilidade do domicílio.

2. **Ademais, havendo fundada suspeita, a busca domiciliar nos crimes permanentes se justifica em decorrência do flagrante delito. Inexistência de ingresso abusivo e constatação posterior de crime permanente.**(grifo nosso)

3. A posse de arma de fogo de uso restrito, de seus acessórios ou de munições constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato cujo objeto jurídico tutelado compreende a segurança

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE nº 606316/RO, Relator MIN. GILMAR MENDES

coletiva e a incolumidade pública.

4. Presente laudo especificando o modelo do silenciador de uso restrito, desnecessária a realização de perícia a comprovar a potencialidade lesiva do acessório para configuração do delito.

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a descriminalização temporária prevista nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, com a redação conferida pela Lei 11.706/2008, restringe-se ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12) e não se aplica à conduta do art. 16 da Lei 10.826/2003.

6. Recurso ordinário a que se nega provimento.

A inviolabilidade de domicílio é mitigada diante da fundada suspeita, no que tange a busca domiciliar, ainda mais com a entrada franqueada por algum morador da casa, nos crimes permanentes, tendo em vista o flagrante delito, ao exemplo da droga que é apreendida como prova do crime, onde se tinha fundada suspeita que ali acontecia o crime de tráfico ou de posse ilegal de arma de fogo, conforme emenda do julgado em questão.

6.1 - HISTÓRICO E TENDÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA

A denúncia anônima, item totalmente possível no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, de grande valia, uma vez que muitos crimes são elucidados por meio dela, ou no mínimo começam a ser elucidados. Durante julgamento do STJ, HC 512.418/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019, foi entendido pelo Douto Julgador que:

“A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.”¹⁶

No caso em questão, havia a denuncia do acusado, e ainda quando o mesmo havia visualizado a polícia, o denunciado empreendeu a fuga. O Julgador salientou que, segundo o entendimento da Sexta turma do STJ, a fuga, por si só, não configura justa causa exigida para autorizar o direito à inviolabilidade de domicílio.

Consoante a estes julgados, destacou que, a Sexta Turma do STJ, já tem o entendimento que, mesmo com a junção dos dois fatores, ou seja, a denúncia e a fuga, não se justifica a inviolabilidade de domicílio, sendo imprescindível a prévia investigação da polícia para verificar a robustez das denúncias recebidas, conforme julgado RHC 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018.

¹⁶ STJ, HC 512.418/RJ

Interessante se faz o julgado AgRg HC 741.190/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, em que decidiram ao inverso do que estava decidido nos julgados anteriores, onde entende que a denúncia anônima com riqueza de detalhes valida a inviolabilidade de domicílio frente ao crime permanente, conforme pode ser observado no item 4 da ementa:

EMENTA:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO RATIFICADA EM SEDE DE APELAÇÃO. NULIDADE. ALEGADA ILICITUDE DAS PROVAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral - Dje 9/5/1016 Public. 10/5/2016).

2. Nessa linha de inteligência, tem-se que o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. Ou seja, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

3. Não se cogita da falta de justa causa para o ingresso dos policiais no domicílio, diante de fundadas razões devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, quanto à ocorrência de crime permanente no interior da residência, cuja cessação demanda ação imediata da polícia (AgRg no HC XXXXX/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 24/3/2022).

4. Na hipótese, o contexto fático delineado nos autos evidenciou existirem fundadas suspeitas para que a autoridade policial realizasse a vistoria no imóvel, tendo em vista a denúncia anônima que havia indicado, com precisão e riqueza de detalhes, o endereço em que estariam sendo comercializados os entorpecentes, aliada ao fato de que os policiais civis, do lado de fora da casa, chamaram o nome de um dos agravantes, o qual saiu no corredor e, ao perceber a presença policial, gritou as seguintes palavras: "Molhou! Molhou! Joga fora". Diante da fundada suspeita, os policiais adentraram ao imóvel e surpreenderam o agravante Felipe, no banheiro,

quando dispensava parte da droga no vaso sanitário, e localizaram o agravante Marcos, no último quarto do imóvel, no qual havia mais drogas e petrechos usados no fracionamento e embalagem de entorpecentes. Havia, portanto, elementos objetivos e racionais que justificaram o ingresso da polícia em domicílio alheio, sem autorização judicial, oportunidade na qual foram encontradas 90 porções de crack e 226 porções de cocaína. (grifo nosso).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

6.2 - HISTÓRICO E TENDÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO COM O CONSENTIMENTO DO MORADOR

Com base no art. 5º, XI, da CF, a qual preconiza as excepcionalidades do asilo inviolável, o livre consentimento do morador é algo que ampara a legalidade da ação das forças policiais, até porque, se a entrada é franqueada, não tem bem jurídico violado.

Porém, por decisão do STJ, no julgado da Sexta Turma [HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021], decidiu que, para que o consentimento do morador, franqueando a entrada dos policiais no imóvel tenha validade, necessário se faz, documentar por escrito e ainda, que seja registrado em gravação audiovisual. E que, ausente estes registros, que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, ilegal será tudo que decorrer da entrada dos policiais, todas as provas decorrentes da busca domiciliar, inclusive a prisão, com base na teoria do fruto da árvore envenenada.

No mesmo sentido, esta o julgado de [HC 616.584/RS, Rel. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/3/2021, DJe 6/4/2021], sendo de câmara diferente e tendo menos de um mês de diferença entre um julgado e o outro.

As referidas decisões, vão contra o que já havia decidido o STF, com base no julgado (HC 148.965, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 24/04/2020), julgado este que versa sobre o entendimento do consentimento do morador, dizendo que: “O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, a versar a inviolabilidade domiciliar, pressupõe o ingresso indevido ou forçado de terceiros em domicílio alheio, razão pela qual o prévio consentimento do morador, por descaracterizar a situação de ilicitude da entrada, inviabiliza o reconhecimento de ilegalidade da diligência.”

O Ministério Público, veio a recorrer da decisão, dando fruto ao Recurso Extraordinário 1342077, recurso este que teve como relator o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal; o qual veio a julga-lo no dia 02/12/2021, vindo a anular parte da decisão, especificamente a parte que exigia o registro do consentimento, tanto escrito como audiovisual, conforme parte do voto, que fala sobre o STJ estar extrapolando o que é previsto em sua competência, uma vez que, criou um requisito constitucional, quando faz tal determinação, in verbis:

Na presente hipótese, apesar de ter alegado que ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.¹⁷

Nota-se que o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, uma vez que criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Por consequência, pela importância do assunto e os desdobramentos que podem advir a discussão da matéria, no dia 11/03/2022, foi suscitada a Existência de Repercussão Geral Constitucional, não tendo sido a mesma julgada ainda.

7 - GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR

Com o implemento da CF/88, os direitos e garantias fundamentais foram garantidos, por esse motivo inclusive é dado o nome de Constituição cidadã, uma vez que ela garante uma gama de direitos ao cidadão, diferentemente de outros países, como, por exemplo, o direito a saúde. Na questão judicial não difere, sendo estipulado o respeito ao devido processo legal, a ampla defesa, sendo, todos estes direitos, garantias que o poder legiferante constitui aos brasileiros, o que é ótimo, diga-se por sinal.

Assim, se faz o Estado Democrático de Direito, o qual deve respeitar e proteger os direitos e garantias fundamentais individuais, respeitando os instrumentos processuais, trazendo segurança e estabilidade para a sociedade, prezando pela harmonia entre interesses sociais e individuais, sempre ponderando os valores constitucionais.

Nesse sentido, vem a teoria do garantismo penal, a qual determina um estado de direito equilibrado, proporcional e integral, correlato às garantias jurisdicionais presentes em uma relação processual penal. O Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Por outro lado, com o entendimento de um dos autores que estão intimamente ligados ao garantismo nos diz:

quer-se estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a

¹⁷ STF, RE 1342077/SP

arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses individuais e coletivos (FERRAJOLI, p. 271).

Percebe-se que, na vontade de defender os direitos individuais ou em defesa dos mais fracos, corre o risco de se estabelecer a impunidade, uma vez que, a proteção dos direitos individuais ou a ideia de quem comete o ilícito, faz por não ter outra opção, reverbera e acaba chegando nas decisões judiciais.

Quando a harmonia entre os direitos individuais e sociais, se pende apenas para os direitos individuais, o garantismo hiperbólico monocular acontece, o problema é que, a sociedade sofre, uma vez que vê os seus anseios por justiça não serem atendidos de forma justa e adequada. Não é que o acusado ou o culpado não devam ter todas as suas garantias preservadas, inclusive defendendo a garantia penal integral, porém, o que acaba ocorrendo é o garantismo penal hiperbólico monocular, como preceitua FISHER:

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica - ao menos para nós - uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalidade (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo integral (FISHER, 2010, P. 48).

Portanto, nota-se, que a visão do garantismo que se idealiza a que Ferrajolli, é a que não se pende para nenhum dos lados, garantido o direito individuais, como os coletivos, assim, defendendo o indivíduo como toda a sociedade, ou seja, o coletivo. Quando o Estado, protege mais um do que o outro, no caso em que os direitos individuais sobrepõem os coletivos, ocorre o garantismo hiperbólico monocular.

8 - CONCLUSÃO

Em suma, pode-se concluir que, o direito a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, como todos os outros direitos fundamentais, da mesma forma, para que o Estado cumpra o que lhe cabe, ainda mais, no que se refere a matéria penal, no que concerne o Jus Puniendi, não se pode tudo, não são os fins que justificam os meios, devendo se atentar a cumprir mais do que a legalidade determina, se preocupando com o que é ético, ou seja, correto. Por outro lado, não se deve deixar a desejar, até porque, quando alguém esta sendo penalizado, não esta sendo passado apenas, a mensagem de punição, com a ideia da retribuição, mas também a prevenção, uma vez que é dado um recado aos integrantes da sociedade quando alguém é penalizado, e por último a ressocialização da

pessoa que cometeu o ilícito.

Óbvio que em todas as sociedades desde dos primórdios, o crime existe, sendo assim, um fator social, e querer expurgá-lo é utópico. Porém, achar normal ou aceitável o alto índice de criminalidade, é outro extremo do intolerável. Pela desigualdade social, o crime costuma a ser uma saída para uma parcela da sociedade, devendo a desigualdade ser combatida com afinco, consequentemente diminuindo a diferença gritante entre os indivíduos da sociedade, mas, deixar de aplicar a pena prevista, por entender que muitas das vezes essa diferença social é o motivo para que pessoas cometam atos que são previstos como crime não é plausível.

Analisando os julgados que foram expostos, percebe-se que o grande chamariz entre os crimes permanentes é o tráfico de droga, seguido da posse irregular de arma de fogo, tanto é que, já existe a repercussão geral 280 do STF, no qual se estabeleceu uma tese, como também existe outra ação que está em fase de ser analisada a repercussão geral, todas provenientes de recursos sobre a inviolabilidade de domicílio com o crime permanente do art. 33 da lei 11.343/2006.

A descriminalização das drogas, assunto constantemente debatido por doutrinadores, o que vem sendo acatado pelo ordenamento e entendimento jurisprudencial, haja vista que o uso de drogas não é tido como crime, não sendo nem mesmo usado como reincidência, diferentemente da contravenção penal, colaborando nesse entendimento temos as sanções para tal ato, e até mesmo no tráfico propriamente dito, haja vista o tráfico privilegiado, o qual reduz consideravelmente a pena para aquele que seja condenado traficando, mas que seja primário e não se dedique a atividades criminosas.

Portanto, existe uma corrente da descriminalização das drogas, junto a isso temos um poder legislativo que não se posiciona em assuntos complexos, como é, esse das drogas, assim, deixando uma brecha, um vácuo sobre o assunto.

Paralelo a isso, temos o ativismo judicial, que é causado muitas das vezes pelo não posicionamento do legislativo, o encarceramento em massa, não é a melhor opção para resolver o problema das drogas em nosso país, porém, pelas funções que a pena exerce para com a sociedade como um todo, não pode deixar de ser aplicada ao que o ordenamento ainda determina como crime.

Na vontade de proteger a quem possa estar sofrendo a desigualdade, entendendo que o crime muitas das vezes é fruto da mesma, defrontamos com decisões como a do consentimento de vontade do morador, para franquear a entrada no domicílio, no qual deve-se tomar o consentimento por escrito e fazer a captura audiovisual, não bastando que seja feito só uma das opções, mas sim, as duas, para que não seja determinado a ilegalidade. Sendo os julgados: HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021 e do HC 616.584/RS, Rel. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/3/2021, DJe 6/4/2021, a vontade de garantir o direito, proteger o indivíduo da ilegalidade, acaba que termos decisões como a dos dois Ministros do STJ, criando regras constitucionais para garantir o direito a inviolabilidade de domicílio.

Não é deixando de punir uma ação que é prevista como crime, que o problema da

desigualdade será resolvido, sem falar que isso acarreta outros problemas, como o da descredibilidade da justiça, uma vez que o que ocorre é a impunidade para certos delitos, quando os direitos individuais ficam sobressaltos aos direitos coletivos.

O direito penal sendo a ultima ratio, o ultimo recurso, não é a solução de todos as mazelas da sociedade, no que se refere aos crimes, devendo ser usado quando necessário, nunca em favor do Estado. Contudo, quando necessário o seu uso, não há motivos para que não seja empregado, não seria diminuindo o emprego do direito penal, quando ele se faz necessário, que resolveríamos o problema da sociedade, seria o mesmo que, querer resolver um problema de trás para frente, na verdade, mesmo que se queira não faria efeito. Pode-se até diminuir a quantidade de encarcerados com esse entendimento, mas não diminuiremos a criminalidade, quanto mais no tráfico de drogas, que serve de base financeira para outros crimes, e capitaliza o crime organizado.

Acaba que os órgãos jurisdicionais, com o ideal de garantir os direitos fundamentais, como a da inviolabilidade de domicílio, comete o garantismo penal hiperbólico monocular, deixado de punir quem cometeu atos que ainda são intitulados como crime, por defender a intimidade demasiadamente.

Por fim, cabe ao legislativo, determinar a descriminalização das drogas e não ao judiciário com interpretações que protejam o indivíduo que está cometendo o ilícito, acima do que é previsto, do que é legal, criando óbices para que a segurança pública seja realizada. Enfim, da mesma forma que o direito penal não é a solução para a sociedade, deixa-lo de aplicar também, não será a solução, pelo contrário, trará mais problemas ainda.

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.1997.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIERA DE. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2001.

AURÉLIO, Mini: **O dicionário da língua portuguesa** / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira. – 8º ed. Rev. atual – Curitiba: Positivo 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/De13689.htm> Acesso em: 01 de dezembro de 2022.

_____. Constituição (1824). Lex: **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em 01 de outubro de 2022.

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

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

_____. **Lei n. 12.850/2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. **Lei nº 11.343**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. **STF, HC 148.965**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe de 24/04/2020.

_____. STF, RE 1342077/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 02/12/2021.

_____. **STF, RE 603616/RO**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Julgado em 05/11/2015.

_____. **STF, RHC 128.281**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJE de 26-8-2015.

_____. **STJ, AgRg HC 741.190/SP**, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2022, DJe 30/05/2022.

_____. **STJ, HC 17618 ES**, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, Julgado em 25/09/2021, DJU 15/10/2001.

_____. **STJ, HC 512.418/RJ**, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.

_____. **STJ, HC 598.051/SP**, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021.

_____. **STJ, HC 616.584/RS**, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/3/2021, DJe 6/4/2021.

_____. **STJ, RHC 83.501/SP**, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018.

_____. STF. **Súmula 711 do STF**: Súmulas Anotadas. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. STJ. **Súmula nº 567 do STJ** - Súmulas Anotadas. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 271.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo penal(integral)?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivim, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único / Rebatido Brasileiro de Lima – 8. ed. Rev., ampl. e atual. – Salvador**. Ed. JusPodvimm, 2020.

LOPES JR., Aury **Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.**

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

SABADELL, Ana Lucia. **"Segurança Pública", "Prevenção e Movimento Feminista: Uma Aproximação ao Caso Alemão"**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 29/2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., rev. e atualizada - Porto Alegre, Livro do Advogado, 2001, p. 118).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 6ª ed., 1990.

SMAILI, Soraya. **As drogas e a universidade pública** (2016). Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/apresentacao/item/2187-as-drogas-e-a-universidade-publica> último acesso em: 20/11/2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo. Saraiva, 1994.