

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DA VIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS:
AS CONTROVÉRSIAS ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

FRANCIELE RUFINO DOS SANTOS

MARINGÁ – PR
2022

FRANCIELE RUFINO DOS SANTOS

**DA VIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: AS
CONTROVÉRSIAS ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Cesumar –
UniCesumar, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel(a) em Direito,
sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Noronha
D' Avila.

MARINGÁ – PR

2022

FRANCIELE RUFINO DOS SANTOS

**DA VIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: AS
CONTROVÉRSIAS ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar –
UniCesumar, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob
a orientação do Prof. Dr. Gustavo Noronha D' Avila.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

DA VIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: AS CONTROVÉRSIAS ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Franciele Rufino dos Santos

Gustavo Noronha Ávila

RESUMO

O artigo tem, como finalidade, apresentar uma reflexão acerca da ilicitude das provas provenientes da violação do preceito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, qual seja inviolabilidade do domicílio, com enfoque às situações de flagrante delito nos crimes permanentes. Pretende-se, a partir deste estudo, demonstrar quais são as situações excepcionais em que resta autorizada a violação de domicílio, bem como apontar as controvérsias e problemáticas que envolvem os meios de provas derivados do ingresso forçado, isto é, sem Mandado Judicial, mesmo que diante de possível situação de Flagrante Delito em crimes permanentes, como ocorre no tráfico de drogas. Justifica-se que a realização da pesquisa se dá pela notoriedade que as empreitadas policiais têm tomado em meio à sociedade, as quais vêm presenciando violações de preceitos fundamentais, como direito à inviolabilidade de domicílio. Além disso, analisaram-se as controvérsias apresentadas entre o *Habeas Corpus* nº598.051 - SP (2020/0176244-9), proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 1.342.077/SP, realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a pesquisa envolveu uma revisão doutrinária e jurisprudencial acerca desta temática. Portanto, espera-se promover um debate institucional, o qual possibilite a criação de mecanismos eficazes para evitar a repetição das narradas práticas violadoras de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Crimes Permanentes. Direitos Fundamentais. Ingresso Forçado. Meios de Provas.

THE INVIOLABILITY OF HOME IN DRUG TRAFFICKING: THE CONTROVERSY AMONG FEDERAL SUPREME COURT'S DECISIONS AND THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE'S.

ABSTRACT

This research aimed to present a reflection about the illegality of the evidence produced for a violation of the fundamental precept in article 5, XI, of the Federal Constitution, that is home inviolability, focusing on flagrant situations of permanent crimes. The goal of this study is to show which exceptional situations is authorized the home violation, as well as indicate the controversies and issues that involves the means of proof produced by the forced entry, it means, without a court order, even though in front of possible flagrant situations of permanent crimes, as in drug trafficking. This analysis is justified for the visibility that police operations has been taking in the society, which has been witnessing several violations of fundamental values, such as the right of the inviolability of the home. In addition, it's analyzed the divergences seen between the habeas corpus n° 598.051-SP (2020/0176244-9), made by the 6th chamber of the Superior Court of Justice on the judgment of Extraordinary Appeal n° 1.342.077/SP, carried out by the Federal Supreme Court. Thus, this study was based on doctrine research and jurisprudential analysis of the subject. Therefore, this works aims to promote an institutional debate which enables to establish effective mechanisms to avoid the revivals of told practices which violate fundamental rights.

Keywords: Permanent Crime. Fundamental rights. Forced entry. Means of evidence.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui, como tema, a questão da inviolabilidade de domicílio – princípio elencado no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 – nos crimes de tráfico de drogas, que possui um caráter permanente, pretendendo-se, assim, responder qual seria a limitação para o ingresso na residência alheia.

Durante este estudo, buscou-se apresentar diversos entendimentos doutrinários acerca do conceito de domicílio, bem como analisar a questão do rol de direitos fundamentais, dando enfoque ao direito de inviolabilidade de domicílio que, embora se tenha uma proteção superior, o que se vê é o próprio texto constitucional prevendo algumas exceções, como ocorre no caso de situações de flagrante delito.

O presente trabalho aborda o recente julgamento do *Habeas Corpus* nº598.051 - SP (2020/0176244-9), no qual o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu um parâmetro quanto aos limites do ingresso domiciliar sem autorização judicial, sendo estudado o seu alcance em relação aos Tribunais Judiciais. Além disso, foi analisado o Recurso Extraordinário nº. 1.342.077/SP, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que limitou o alcance da primeira decisão, a qual estabeleceu requisitos constitucionalmente inexistentes e determinou, em abstrato e com efeitos vinculantes e *erga omnes*, a todos os órgãos da administração de segurança pública do País – estadual, distrital e federal –, a verdadeira obrigação de fazer inexistente na Constituição Federal e na legislação.

A pesquisa foi dividida em 03 (três) capítulos, sendo o primeiro destinado a analisar a questão da inviolabilidade domiciliar, em face à Constituição Federal, que é subdividido em dois tópicos. O primeiro tópico versa sobre a inviolabilidade domiciliar como um preceito fundamental, enquanto o segundo tópico destina-se a conceituar o que seria considerado domicílio.

Em relação ao segundo capítulo, o que se vê é que este introduz a situação da inviolabilidade de domicílio nos crimes permanentes e, continuamente, no subtópico, propõe-se investigar tal situação, no que se refere ao delito de tráfico de drogas. O último subtópico aborda a definição do que seria considerado prova ilícita.

Por fim, no terceiro e último capítulo, após elencados os temas levados em conta para a decisão que ocasionou significativa mudança de interpretação do direito constitucional da inviolabilidade domiciliar, é feita uma análise acerca da importância do citado precedente judicial e as mudanças que este visa causar nos casos concretos. Conclui-se, assim, que a

decisão proferida pelo STJ é de suma importância, contudo, deve respeitar os limites impostos pelo preceito fundamental da independência e harmonia entre os Poderes.

1. A SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO COMO UMA EXCEÇÃO À GARANTIA FUNDAMENTAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

1.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Cumprе consignar, inicialmente, que o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal prevê que casa é asilo inviolável, conceituando, assim, o chamado princípio da inviolabilidade de domicílio, que tem a finalidade de preservar a privacidade do indivíduo e, igualmente, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual e a sua personalidade (ROBERT, 1993, p. 81 apud MENDES; BRANCO, 2019, p. 427).

Neste contexto, impende ressaltar que o direito à inviolabilidade de domicílio integra o rol de direitos fundamentais, de forma que tal direito goza de uma proteção suprema, em relação a qualquer interesse coletivo. Contudo, segundo Mendes e Branco (2019, p. 278), os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentarem outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais, ou quando se está diante do interesse particular *versus* o interesse público, sobretudo diante da constatação de que, em decorrência do Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, não há direitos fundamentais absolutos.

A título de exemplo, vale mencionar que o direito à inviolabilidade de domicílio, embora integre o rol de direitos fundamentais, previsto na Carta Magna, sofreu limitações impostas pelo próprio texto constitucional. Este prevê, como exceção ao ingresso em domicílio alheio, os casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Neste contexto, Silva (2020, p. 436) aduz que foram discriminadas tais exceções, com a finalidade de se resguardar a Ordem Pública, de maneira que não se pudesse utilizar a proteção jurídica conferida à casa para que pudesse ser cometido delitos.

Salutar esclarecer que a hipótese autorizadora do ingresso no domicílio alheio sem que haja consentimento ou ordem judicial, qual seja de flagrante delito, só é aceita nos casos de flagrante delito próprio ou impróprio, sendo desautorizado nos casos de flagrante presumido, conforme diferencia Motta e Sylvio (2018):

Segundo o nosso Código de Processo Penal (CPP), como modalidades de flagrante, podemos elencar o (1) flagrante próprio, aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou imediatamente após cessar seu cometimento (CPP, art. 302, I e II); o (2) flagrante impróprio, quando o agente é perseguido logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir que ele é efetivamente o autor do delito (CPP, art. 302, III); e o (3) flagrante presumido, quando o agente é encontrado logo depois com instrumentos, objetos, armas ou documentos que levem a presumir que ele é o autor do delito (CPP, art. 302, IV) (MOTTA; SYLVIO, 2018, p. 252).

A partir disso, insta mencionar que o direito à inviolabilidade ao domicílio somente pode sofrer flexibilização se houver situação excepcional apta a justificar a *posteriori* o ingresso desautorizado no domicílio do sujeito. Assim, não sendo demonstrada a situação ensejadora do ingresso, este será considerado ilícito. Além disso, observa-se que, até mesmo na hipótese de flagrante delito, há restrições quanto às situações autorizadas, sendo apenas autorizado o ingresso nos casos de flagrante delito próprio e impróprio, estando vedado em demais situações.

Isto posto, verifica-se que o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio constitui um interesse do particular, de modo que é possível que haja sua sucumbência em prol do interesse público, desde que seja precedida de decisão judicial ou que haja fundadas razões aptas a configurar a situação de flagrante delito e ensejar o ingresso no domicílio do sujeito.

Diante disso, o direito à inviolabilidade de domicílio resguarda não somente o direito do particular, mas também de toda uma comunidade e, principalmente, visa a conservação de outros preceitos fundamentais, conforme observado a seguir.

A inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz, de tal sorte que a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada (SARLET, 2013, p. 547).

Consoante a isto, preceitua Silva (2020, p. 435) que a inviolabilidade domiciliar pode ser traduzida como uma garantia inerente aos indivíduos, para que estes não tenham a privacidade e a intimidade violadas, em relação ao que acontece dentro de suas residências ou em seus arredores. Sendo assim, as excepcionalidades da inviolabilidade domiciliar devem ser respeitadas não somente pelo simples fato de estarem previstas constitucionalmente, mas também porque, deixando de considerar algum dos fatores elencados, a prova processual pode restar prejudicada.

1.2 UMA VISÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DO CONCEITO DE DOMICÍLIO

Pode ser considerado como domicílio qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Nas palavras de Mendes e Branco (2019, p. 428), “todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual”.

A título de complementação, vale mencionar que a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar abrange todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente. Isto porque, nessa relação entre pessoa e espaço, preservaram-se, imediatamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo, como destacado pelo Ministro Celso De Mello:

A extensão do domicílio ao compartimento habitado e outras moradias, além de locais não abertos ao público no qual exerce a pessoa sua profissão ou atividade, há que ser entendida como um reforço de proteção à intimidade e à privacidade, igualmente exercitadas e merecedoras de tutela em locais não incluídos no rígido conceito 'residência' e domicílio" (HC 106.566/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 19/3/2015).

Neste sentido, verifica-se que o conceito de domicílio não se restringe apenas à “casa”, podendo abranger outros ambientes, inclusive o domicílio profissional. Segundo Moraes (2012, p. 566), “o direito à segurança do domicílio é desenhado como respeito ao espaço, delimitado e autônomo, reservado à vida íntima ou atividade profissional da pessoa, coincidente ou não, com a habitação civil”.

Sendo assim, o direito à proteção à vida privada estende-se ao domicílio do sujeito, incluindo todos os bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro do imóvel, configurando um espaço íntimo e intransponível às intromissões ilícitas externas. Neste ínterim, entende-se que o conceito de domicílio possui uma dupla finalidade de proteção, sendo, primeiramente, a casa como o espaço em que o ser humano exerce o direito à vida privada, bem como um espaço onde não há intervenção de terceiros e do poder estatal (SARLETE; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 460).

No sentido constitucional, o termo domicílio tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente a residência, ou, ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento. Assim, é considerado como domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois, nessa relação entre pessoa e espaço, preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito (MORAES, 2011).

Dessa forma, a questão da inviolabilidade domiciliar não alcança somente a “casa”, como já demonstrado, mas estende-se a outros recintos fechados, até mesmo aqueles de natureza profissional e de dependências de empresa. Como bem colocado por Ferrari (2011, p. 611), “a proteção conferida ao domicílio não tutela somente a propriedade em si, mas também o respeito a sua personalidade, a sua esfera íntima”.

Em que pese no direito constitucional, o termo domicílio tenha um alcance superior, verifica-se que este não ocorre no âmbito do direito penal, visto que há algumas delimitações de sua abrangência, conforme se vê pelo teor do artigo 150, §5º, do Código Penal:

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

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - Hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1941).

Sendo assim, vislumbra-se que a palavra domicílio – aqui tratada como sinônimo de casa – surgiu de forma abrangente em relação ao que foi preceituado pela Constituição Federal, de forma que coube, à doutrina e à legislação especial, apresentar um complemento para fins de seu ajuste ao campo prático.

2. DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CRIMES PERMANENTES

Inicialmente, é importante pontuar que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, isto é, a sua consumação prolonga-se no tempo, por vontade do agente, conforme enuncia Masson (2019, p. 337). Nesses casos, a prisão em flagrante pode ocorrer a qualquer momento, enquanto a consumação permanecer, conforme previsto no artigo 303¹ do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido, preceitua Toledo (1994, p. 147), que “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 o delito cuja consumação se prolonga no tempo”.

¹ Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Nos casos de crime permanente, como no de tráfico de drogas, o flagrante prolonga-se no tempo, autorizando, assim, a entrada dos policiais na residência do indivíduo sem prévia autorização judicial, exceção ao princípio da inviolabilidade do domicílio, previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Assim, sendo verificado que o agente se encontra em situação de flagrante delito ocasionada pela prática de crime permanente, a efetivação de sua prisão em flagrante independe de prévia autorização judicial, podendo ocorrer a qualquer momento, desde que não cessada a permanência.

Frisa-se, neste ponto, que o delito de tráfico de drogas é um delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo, de forma que se admite, ainda que em período noturno e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a consequente prisão em flagrante dos agentes, além da apreensão do material relativo à prática criminosa.²

Contudo, tal ingresso somente poderá ser justificado nos casos em que houver uma urgência legítima, ou seja, a impossibilidade de se aguardar que seja requisitada uma análise do Poder Judiciário sobre a situação. Assim, mesmo estando diante de situação de flagrante delito, é prescindível, visando a maior segurança dos atos policiais e melhor instrumentalização da investigação, que haja o retardo da cessação da prática delitiva, para fins de que sejam angariados maiores elementos informativos, a possibilitar a concessão do Mandado de Busca e Apreensão.

Insta mencionar, neste contexto, que, embora tenha sido aceito por muito tempo que, em se tratando de crime permanente, estaria autorizada a busca domiciliar e a prisão em flagrante do acusado em sua casa de forma desenfreada, o que se vê é que tal situação esbarra em uma problemática, como a proteção conferida ao domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Dessa forma, somente seria lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial se houvesse fundadas razões para acreditar que exista um crime sendo cometido, ou na iminência de ser cometido no local onde a diligência será cumprida, não mais sendo aceita a mera alegação de que o agente estava em atitude suspeita.

No mesmo sentido, o entendimento de Branco (2001, p. 148) sustenta que a violação do domicílio para prisão em flagrante só pode ser dada quando houver “certeza visual do crime”, de modo que, havendo evidente irregularidade no ingresso ao imóvel, que possivelmente estaria ocorrendo o delito de tráfico de drogas para fins de se angariar indícios de materialidade e de

² (TJPR - 3ª C.Criminal - 0000638-75.2021.8.16.0131 - Pato Branco - Rel.: DESEMBARGADOR JOÃO DOMINGOS KÜSTER PUPPI - J. 22.02.2022).

autoria ocasionará, via de consequência, a ilegalidade da prisão realizada e a nulidade das apreensões, constituindo a sua manutenção em um ato de violência contra a liberdade humana e a própria segurança do Estado.

Em que pese seja autorizado o ingresso à moradia alheia nos casos de crimes de tráfico de drogas, verifica-se que a realização de buscas no imóvel é medida invasiva, a qual fere não somente o direito à intimidade do sujeito investigado, mas também de toda a sua família, devendo, portanto, ser evitados de maiores prejuízos à sua moral, conforme preceitua o artigo 248³ do Código de Processo Penal.

Neste viés, Oliveira (2018, p. 51) afirma que o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar não se restringe somente ao viés constitucional, visto que seu âmbito de proteção se estende à matéria penal. Ademais, garante que a produção de provas ocorra de modo que o indivíduo não reste prejudicado, evitando que os direitos previstos constitucionalmente sejam feridos pelo modo em que as provas foram colhidas.

Visando a preservação do preceito fundamental de que casa é asilo inviolável, é necessário que haja um controle jurisdicional com relação às ações policiais no caso de entrada forçada em domicílio. Isso porque, sendo constatada a inobservância da forma prevista na Constituição Federal, que autoriza o ingresso forçado no domicílio, poderá resultar na contaminação das provas obtidas, tornando-as inutilizáveis.

Importante consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada como irremediavelmente contaminada e ilícita (ponto a ser desenvolvido no próximo item), não podendo ser utilizada, ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão (SARLET, 2013, p.557).

Diante do exposto, observa-se que há necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da relativização do direito à inviolabilidade do domicílio, bem como do estabelecimento de parâmetros e teorias acerca da exceção constitucional do flagrante delito. Portanto, deverá, o Poder Judiciário, atuar efetivamente para assegurar que sejam respeitados os princípios e garantias previstos em Lei.

2.1 DO FLAGRANTE DELITO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

³ Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

O crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, possui 18 (dezoito) núcleos em seu tipo penal, isto é, 18 (dezoito) condutas que podem configurar a prática do delito de tráfico de drogas:

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 (BRASIL, 2006, *on-line*).

Considerando as inúmeras condutas que podem configurar o delito de tráfico de drogas, impende ressaltar que, enquanto um desses tipos penais estiver sendo realizado, o caráter permanente se perfaz e, por conseguinte, o estado de flagrância delitiva, de forma que restará autorizado o ingresso no domicílio alheio a qualquer momento, independentemente de o agente estar em posse de Mandado Judicial.

Salutar esclarecer, neste ponto, que somente o caráter permanente do crime não autoriza a quebra do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, uma vez que é necessário que o flagrante esteja configurado sob evidente justa causa. Nesse sentido, Júnior Lopes (2020, p. 945) assinala:

É importante recordar que o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar, anteriormente tratada. Isso porque, como já explicamos, enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar etc.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independentemente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição) (JÚNIOR LOPES, 2020, p. 945).

Assim, em se tratando de um delito de tráfico de drogas, na modalidade “ter em depósito”, delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo, conseqüentemente, persiste o estado de flagrância, admitindo-se, em período noturno e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa onde está sendo praticado tal crime, com a conseqüente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa (LIMA, 2020, p. 1038).

Impende ressaltar que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial somente será lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, as quais indiquem que, dentro da casa, havia situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. Assim,

é exigível que haja a chamada justa causa para ensejar o ingresso no domicílio, da mesma forma que ocorre no caso de busca e apreensão domiciliar, prevista no artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal⁴.

2.2 DA PROVA ILÍCITA

Insta mencionar que a vedação da produção de provas ilícitas visa, além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, o controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e discussão à adoção de práticas probatórias ilegais. Oliveira (2010) explica que a vedação do uso de provas ilícitas tem, como finalidade, proteger o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade de domicílio, que costuma ser o principal alvo de ataque durante a fase investigatória.

Como anteriormente pontuado, a Constituição prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas, contudo, não traz um conceito claro e evidente do que seriam estas provas ilícitas, de modo que coube à doutrina elucidar. É considerada prova ilícita, na visão de Pietro Nuvolone (1966), aquelas obtidas por meio de violação de regra de direito material (penal ou constitucional). À título de exemplo, podemos citar as seguintes inviolabilidades: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), bem como respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX).

Outra característica da prova ilícita é que esta, em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este. Sendo reconhecida a ilicitude da prova, esta não poderia ingressar nos autos do processo. Nesse sentido, pertinente às palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 620):

Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos.

⁴ LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2020.

A partir disso, surgem discussões acerca da admissibilidade das provas tidas como ilícitas no ordenamento jurídico. A primeira corrente doutrinária, ainda minoritária, afirma que a prova ilícita poderia ser admitida desde que não fosse vedada pelo ordenamento jurídico. Já a segunda teoria – inadmissibilidade absoluta – prevê que a vedação constitucional não admitiria exceção ou relativização.

A teoria da admissibilidade da prova ilícita, em nome do princípio da proporcionalidade, merece maior destaque, disciplinando que a prova ilícita, em certos casos, poderia ser admitida, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido. Tal teoria apresenta-se, nas palavras de Lopes Junior (2020), como um grave retrocesso, no qual o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor.

A última teoria – admissibilidade da prova ilícita, a partir da proporcionalidade *pro reo* – diz que a prova ilícita poderia ser admitida desde que a favor do réu, isto é, há uma proporcionalidade *pro reo* em que o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova. Vale ressaltar, contudo, que a prova ilícita, neste caso, somente poderia ser utilizada para fins de absolvição do réu, de modo que esta continuaria sendo ilícita para todos os efeitos, sendo admitida apenas em um determinado processo e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém.

Em contrapartida, há uma corrente doutrinária que versa sobre a possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor da sociedade. Segundo Lima (2020, p. 642 apud MOREIRA, 2018), a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, por exemplo, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal. Na visão de Lima (2020, p. 643):

Essa admissibilidade da prova ilícita *pro societate* somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI).

Em que pese o exposto, a leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza a conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade, uma vez que uma prova colhida em desafio à inviolabilidade de domicílio fica contaminada e se torna imprestável, mesmo que o Poder Público não tenha participado da invasão.

Sendo assim, vê-se que o ingresso, de forma desautorizada, na residência, além de ensejar a nulidade da prova obtida, ocasiona a nulidade das demais provas contaminadas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. No mesmo sentido, dispõe o artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. 37

§1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1941).

Dessa forma, Milani (2020, p. 37) conclui que, embora seja aceito, em alguns casos, o ingresso desautorizado nos imóveis em que, possivelmente, esteja ocorrendo a prática de algum delito, verifica-se que é necessário que as provas a serem colhidas respeitem os preceitos fundamentais, sob pena de serem consideradas ilícitas.

3. AS CONTROVÉRSIAS ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.1 DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – HC Nº 598.051 SP (2020/0176244-9)

A seguir, faz-se necessário analisar a recente decisão proferida pela 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o auto de *Habeas Corpus* nº598.051 - SP (2020/0176244-9), que concedeu a ordem, anulando as provas decorrentes do ingresso desautorizado no domicílio e, conseqüentemente, a absolvição do paciente, como se dê abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que "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".1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: "O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!" (...).2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, 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. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva.2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade,

sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local.

5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial - meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada - legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência - uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio - outros países trilham caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção ("consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion"). (*United States v McCaleb*, 552 F.2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando *Simmons v Bomar*, 349 F.2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*).

6.2. No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito.

6.3. Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (*North Carolina v. Butler* (1979) 441 U.S. 369, 373; *People v. Ramirez* (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; *U.S. v. Castillo* (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será

desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579.6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa - ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção -, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, "necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis" (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO).6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal - analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial - ao dispor que, "[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º".7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias - não apenas históricas, mas atuais -, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, 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.8.1. As decisões do Poder Judiciário - mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição - servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para "enriquecer o estoque das regras jurídicas" (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que

se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383,1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada ("*such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action*").8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal (HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.)

Extrai-se do caso em tela que o paciente havia sido condenado à pena de 01 (um) ano e 08(oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, com a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, caput e §

4º, da Lei n. 11.343/2006. Estando inconformada com a sentença proferida pelo Juiz de primeiro grau, a Defesa interpôs apelação ao Tribunal de origem, que rechaçou a ventilada tese de ilicitude das provas que embasaram a condenação do réu, sendo, na sequência, interposto *Habeas Corpus* à Corte Superior.

O Ministro Shietti (Relator) ressaltou que o caso em comento traz uma antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após a entrada no interior da residência de determinado indivíduo, sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial, logra encontrar e apreender drogas, de sorte a configurar a prática do crime de tráfico de entorpecentes, cujo caráter permanente autoriza, segundo antiga linha de pensamento, o ingresso domiciliar.

Aplicando o Tema 280 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal⁵, o referido Ministro entendeu que a entrada no domicílio do paciente foi ilegítima, não havendo elementos que permitissem concluir pela efetiva anuência do morador para ingresso dos policiais em sua residência, definindo que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia ou da noite – quando amparado em **fundadas razões** – na dicção do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ressaltou, ainda, que há a necessidade de colocar uma limitação para o ingresso na residência de forma desautorizada, a fim de que haja mais segurança para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva e – como não poderia deixar de ser – para os policiais, que deixam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado. Sobre o tema, destacou-se que:

Tais preocupações se potencializam a partir da constatação de que a maior parte das prisões relativas ao crime de tráfico de entorpecentes – delito que, sempre é importante destacar, deve merecer prioridade em seu enfrentamento pelos órgãos de segurança pública – não decorre, no Brasil, de investigações policiais, mas de prisões em flagrante realizadas no policiamento ostensivo das ruas (BRASIL, 2020).

Não se há de admitir, portanto, que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida, sendo imprescindível, assim, que as circunstâncias

⁵ Tema 280: “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”.

que antecederem a violação do domicílio evidenciem, *quantum satis* e de modo objetivo, as fundadas razões que justifiquem o ingresso no domicílio e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não derivem de mera desconfiança policial.

Como anteriormente ressaltado, uma das situações aptas a autorizar a dispensa do mandado judicial seria em caso de evidente urgência na intervenção policial, de modo que, sendo constatado o risco ou a iminência de que ocorra a destruição do corpo de delito, estaria autorizado o ingresso sem mandado judicial na residência do indivíduo.

Outra hipótese em que seria autorizado o ingresso consiste no consentimento do morador – ponto em que o nobre julgador propõe nova e criteriosa abordagem –, que deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção. Além disso, firmou o entendimento de que, ao ser fundamentada a decisão no fato de que houve consentimento do morador, deverá ser carreado prova aos autos, demonstrando que o consentimento foi dado de forma livre e voluntária. Outro ponto interessante da análise do acórdão, que merece destaque, é a autorização, a qual deverá ser dada apenas pelo titular do domicílio.

Para que seja validado tal consentimento, este deverá ser registrado por meio audiovisual (v.g vídeo e áudio), que permitirá que seja avaliado se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e se, quando houver sido apontado o consentimento do morador, foi ele livremente prestado, sem que houvesse coação.

Assevera-se, neste contexto, que se torna relevante a gravação do consentimento do morador, em razão de, na maioria das vezes o único meio de prova colhido na Instrução Processual ser a reprodução de testemunhas consistentes nos próprios responsáveis pela diligência da qual resulta a prisão em flagrante do suspeito.

Conquanto não se possa, *a priori*, desmerecer a credibilidade e autenticidade de depoimentos prestados por quaisquer pessoas, especialmente quando são servidores públicos – que possuem fé pública –, há de se ter certa cautela em hipóteses nas quais a única prova da legalidade da ação estatal é o depoimento exatamente dos agentes públicos, cujo procedimento deve ser sindicado pelo exame das circunstâncias autorizadoras do ingresso domiciliar.

Dessa forma, o Ministro Schietti se adiantou a possíveis violações e, visando evitar repetições de violações de direitos fundamentais, proferiu o voto, determinando que os governos estaduais providenciem treinamento e condições materiais a seus agentes de segurança pública, de modo que possam observar as regras constitucionais densificadas no presente julgado e procedam com o aparelhamento e treinamento dos policiais.

3.2 DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, acerca do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que o mais recente julgado é o do Recurso Extraordinário nº. 1.342.077/SP:

CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO E ANULAR O ACÓRDÃO RECORRIDO tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação (itens 7,1, 7.2, 8, 12, e 13 da Ementa); MANTENDO, entretanto, a CONCESSÃO DA ORDEM para absolver o paciente, em virtude da anulação das provas decorrentes do ingresso desautorizado em seu domicílio. Nos termos dos artigos 21, XVIII, e 323, § 3º, do Regimento Interno do STF c/c o art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, DEFIRO O PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE requerido pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul no presente recurso. Ciência à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Intime-se.

Embora o Supremo Tribunal Federal compartilhe do entendimento de que é lícita a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo em período noturno, desde que existam fundadas razões, justificadas *a posteriori*, que indiquem a ocorrência de flagrante delito, verifica-se que a 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça, aplicando o Tema 280 de Repercussão Geral, extrapolou sua competência, ao estabelecer requisitos constitucionalmente inexistentes e determinando, em abstrato e com efeitos vinculantes e *erga omnes* a todos os órgãos da administração de segurança pública do País – estadual, distrital e federal –, verdadeira obrigação de fazer inexistente na Constituição Federal e na legislação.

À *priori*, cumpre consignar que o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, preconiza que será concedido *Habeas Corpus* sempre que **alguém** sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, de forma que é necessário que seja delimitado qual o constrangimento ilegal que o indivíduo está sendo submetido, isto é, o direito à impetração de *Habeas Corpus* é personalíssimo, como previsto pelo artigo 654⁶, do

⁶ Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterà:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

Código de Processo Penal, que impõe como requisito a petição inicial. Esta deve conter o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça.

O *Habeas Corpus*, objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado unicamente em favor do paciente Rodrigo de Oliveira Fernandes, de forma que não é possível que este deixe de ser individual e se torne coletivo. O Ministro Alexandre de Moraes destacou que:

A natureza desse específico recurso constitucional não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica, o que dirá que as decisões nele proferidas possuam alcance indiscriminado a todos os processos envolvendo a necessidade de busca domiciliar em caso de flagrante delito, ainda mais com a determinação de implantação obrigatória de medidas não previstas em lei e que são atinentes à organização administrativa e orçamentárias dos órgãos de segurança pública das unidades federativas (BRASIL, 2021).

Ademais, ao conceder à ordem no *Habeas Corpus*, o STJ inovou em matéria constitucional, criando uma nova exigência para os policiais – gravação audiovisual da anuência de entrada no local – para a plena efetividade dessa garantia individual, desrespeitando o Tema 280 de Repercussão Geral, que estabeleceu os parâmetros constitucionais da plena efetividade da garantia fundamental da inviolabilidade domiciliar.

Em complemento, o que se vê é que, ao ter imposto uma obrigação à administração pública, o STJ violou o preceito fundamental da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal. Sendo assim, deve-se esclarecer que a independência das funções estatais deve ser sempre assegurada, para que possa ser satisfatório o sistema de freios e contrapesos. Portanto, não pode, o Poder Judiciário, obrigar o Poder Legislativo a produzir lei em sentido formal.

4. CONCLUSÃO

O estudo proposto teve, como temática central, a questão da inviolabilidade de domicílio – princípio elencado no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 – nos crimes de tráfico de drogas, os quais possuem um caráter permanente, pretendendo-se, assim, responder

c) a assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

qual seria a limitação para o ingresso na residência alheia. A abordagem do tema possui grande importância no âmbito jurídico, pois versa sobre direitos e garantias fundamentais e normas de cunho processual penal e constitucional, que transcendem os interesses individuais das pessoas envolvidas em discussões deste gênero.

Ainda, observou-se o impacto do acórdão proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº598.051 - SP (2020/0176244-9), que reforçou os critérios já estabelecidos no Tema 280, firmado pelo Supremo Tribunal Federal, de que, para o ingresso domiciliar, sem mandado judicial, é necessário que haja “fundadas razões”, sendo estas devidamente justificadas *a posterior* e, principalmente, estabeleceu requisitos constitucionalmente inexistentes, determinando, em abstrato e com efeitos vinculantes e *erga omnes* a todos os órgãos da administração de segurança pública do País – estadual, distrital e federal –, verdadeira obrigação de fazer inexistente na Constituição Federal e na legislação.

Após o referido julgamento, foi interposto o Recurso Extraordinário nº. 1.342.077/SP, que foi submetido ao Supremo Tribunal de Justiça, que revogou parcialmente o primeiro acórdão tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação.

REFERÊNCIAS

BRANCO, C. T. **Da prisão em flagrante**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal brasileiro. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. **HC n. 598.051/SP**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923730530/habeas-corpus-hc-598051-sp-2020-0176244-9>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Recurso Extraordinário nº. 1.342.077/SP**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moraes-derruba-ordem-stj-obrigou.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

FERRARI, R. M. M. N. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2020.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, C. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MILANI, A. F. A (I)legalidade da Prisão em Flagrante Ante à Violação Domiciliar nos Crimes de Tráfico de Drogas. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Administração) - Universidade Estadual de Santa Cruz do Sul - UNISC, 2020.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA; SYLVIO. **Direito Constitucional**: Teoria, Jurisprudência e Questões. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: MÉTODO, 2018.

NUVOLONE, P. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto. **Rivista di Diritto Processuale**, 1966.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris. 2010.

OLIVEIRA, R. M. de. **A Garantia Constitucional da Inviolabilidade Domiciliar e Suas Garantias**. 2018. 75f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, Maringá, 2018.

ROBERT, A. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.