Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.1,
2021/01
ISSN 2178-6925

OS CRIMES PERMANENTES E A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

PERMANENT CRIMES AND HOUSEHOLD INVIOLABILITY

Fabrício Amaral Silva
Acadêmico do 10º período de Direito da Universidade Presidente Antônio Calos – UNIPAC, Brasil.
E-mail: fabricioamaralsilva@gmail.com

Recebido: 20/05/2021 – Aceito: 20/05/2021

RESUMO

Este artigo discorre sobre a inviolabilidade do domicílio e a possibilidade dos agentes de aplicação da lei ingressarem em domicílio alheio não importando a hora, seja do dia ou da noite para realização da busca e apreensão nos casos dos crimes permanentes, tais como o tráfico de drogas, posse ilegal de armas de fogo dentre outros, mesmo sem a exibição devido mandado judicial fundamentado pela autoridade competente. Embora o código de processo penal no artigo 241 faça a previsão que a busca pessoal e/ou domiciliar seja realizada pelo próprio policial independentemente do respaldo judicial na forma de um prévio mandado, a Constituição Federal de 1.988 revogou parte do citado artigo, em que a autoridade policial passou a não determinar a busca domiciliar. A novíssima lei de abuso de autoridade, trata do assunto em um artigo, complementando dispositivos legais anteriores que também versam sobre o mesmo tema. Se, por exemplo, para todas as vezes que o policial tiver notícia de que uma "*res furtiva*[1]" se encontra em determinada residência, para poder dar cumprimento ao seu trabalho, ter que fazer o pedido a autoridade judiciária, certamente o objeto ilícito ou criminoso já estará destituído. Teoricamente, ainda que possa parecer rápida e simples tal providência, assim como impreterível o controle judicial prévio da atividade policial, na prática se nota que a situação é bem diferente.

Palavras-chave: Inviolabilidade do domicílio; Crimes Permanentes; Busca e apreensão; Lei de Abuso de Autoridade.

Abstract

This article discusses the inviolability of the home and the possibility for law enforcement agents to enter someone else's home no matter what time, day or night, of the search and seizure in cases of permanent crimes, such as drug trafficking. drugs, illegal possession of firearms, among others, even without display due to a court order based on the competent authority. Although the code of criminal procedure in article 241 provides that the personal and / or home search will be carried out by the police officer independent of the judicial support in the form of a previous warrant, the Federal Constitution of 1,988 revoked part of the aforementioned article, in which the police

[1] res furtiva (locução latina) - [Direito] A coisa furtada (ex.: entregou a res furtiva a um comparsa, que a retirou do local do delito) "res furtiva", in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [em linha], 2008-2013, https://dicionario.priberam.org/res%20furtiva [consultado em 07-11-2018].

authority started not to determine the home search. The brand new law on abuse of authority addresses the subject in an article, complementing previous legal provisions that also deal with the same topic. If, for example, for all times that the police have news that a “furtive res” is in a certain residence, in order to be able to carry out his work, having to make the request to the judicial authority, certainly the illegal or criminal object he will already be destitute. Theoretically, although it may seem quick and simple, such a provision, as well as the prior judicial control of police activity, is imperative, in practice it is noted that the situation is quite different.

Keywords: Inviolability of domicilie; Permanent Crimes; Search and apprehension; Authority Abuse Act.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no que se refere a inviolabilidade da casa, como um dos direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, aqueles inerentes à pessoa humana e essenciais à uma vida digna, assegura em seu artigo 5º, XI que:

> 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 (C.F. - BRASIL, 1.988)

Sob a égide do citado texto constitucional, que um cidadão aportou seu recurso após ser acusado do crime de tráfico de drogas, no caso concreto, o indivíduo alegou ter sua casa invadida por policiais desprovidos de um mandado judicial para tal. Todavia, durante a realização das buscas foi apreendido uma considerável quantidade de drogas, 8,5 kg de cocaína que fora localizada no interior do veículo do acusado. Em sua defesa, o réu declarou ainda a violação de outros direitos: das provas obtidas de forma ilícitas no curso do processo e a restrição do direito a ampla defesa.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> 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 determinaçãojudicial;

> [...]
> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL - C.F./88)

O STF inclusive já se posicionou sobre o tema em um recurso extraordinário.

> No caso concreto, o recorrente Paulo Roberto de Lima foi preso em flagrante porque foram encontrados 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) dentro de um veículo Ford Focus de sua propriedade, estacionado na garagem de sua residência. A busca foi realizada sem mandado judicial. No entanto, havia fundadas razões para suspeitar que o recorrente estava em situação de flagrante delito quanto ao crime de tráfico de drogas. (STF. RE 603.616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes. 05/11/2015)

Em uma decisão um tanto quanto polêmica, por maioria dos votos, o Supremo negou provimento ao recurso extraordinário, emanando como protagonista do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, que dentre outras referências, aludiu:

> [...]
> proponho seja fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, é válida, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito. (STF. RE 603.616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes. 05/11/2015)

Doravante, é importante salientar a respeito do resultado do julgamento, com o efeito vinculante dos demais órgãos do poder judiciário, a decisão do STF confere eficácia adicional, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto.

É necessário salientar que o crime de tráfico e drogas, previsto na lei 11.343 em seu art. 33, trata-se de um crime permanente (objeto de estudo deste artigo). Seria a prática de crimes permanentes condição ou não para cumprimento de busca domiciliar sem o prévio mandado judicial?

Quanto a inviolabilidade do domicílio, há que se apontar algumas exceções firmadas, que possibilitam mesmo sem a autorização do morador, o ingresso por parte das forças policiais. Outra questão oportuna é a variação de conceitos que definem o termo “casa”.

Foi debatido no referido recuso extraordinário sobre os limites da atuação policial em detrimento aos direitos fundamentais do ser humano, sobretudo a invasão de domicílio no período noturno.

O artigo tem por objeto os crimes permanentes e inviolabilidade do domicílio, e quais os limites e regras que a lei estabelece a fim de garantir ao indivíduo a que a casa seja de fato o seu asilo inviolável consonante à lei 13.869, de 2019 – Lei de Abuso de Autoridade, que revela um caráter muito mais brando do que se esperava especificamente sobre a inviolabilidade do domicílio, e em qual momento a pessoa se encontra afastada deste direito.

2. Classificação dos crimes

Doutrinariamente o direito penal brasileiro apresenta uma gama de classificação dos crimes, tais como os crimes dolosos e culposos; comissivos e omissivos; materiais, formais e de mera conduta; crimes permanentes e instantâneos; entre outras variáveis. Este trabalho tratará com ênfase os crimes permanentes. Por conseguinte, se faz necessário investigar outras concepções para melhor entendimento do tema tratado. O crime permanente compõe uma das formas de execução do crime, sendo que no que diz respeito à sua forma de ação a doutrina penal brasileira considera: crimes instantâneos, crimes instantâneos de efeitos permanentes e crimes permanentes. Destarte poderemos contemplar o que diz alguns autores brasileiros.

O penalista Júlio Fabbrini Mirabete classifica os crimes em relação à forma de ação em: instantâneos, permanentes e instantâneos, de efeitos permanentes.

> **Crime instantâneo** é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga; [...] **crimes instantâneos com efeitos permanentes**, ocorrem quando consumada a infração em dado momento, os efeitos permanecem, independente da vontade do sujeito ativo; [...] **crime permanente**, existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo. (Mirabete, 2011)

Sob a ótica de Fernando Capez:

> **Crime instantâneo:** consuma-se em um dado instante, sem continuidade no tempo, como, por exemplo, o homicídio.
> **Crime permanente:** o momento consumativo se protrai no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o sequestro (art. 148 do CP).

> **Crime instantâneo de efeitos permanentes:** consuma-se em um dado instante, mas seus efeitos se perpetuam no tempo (homicídio). A diferença entre o crime permanente e o instantâneo de efeitos permanentes reside em que no primeiro há a manutenção da conduta criminosa, por vontade do próprio agente, ao passo que no segundo perduram, independentemente da sua vontade, apenas as consequências produzidas por um delito já acabado, por exemplo, o homicídio e a lesão corporal. (CAPEZ, 2011)

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

> Os **delitos instantâneos** são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo. Assim, ainda que a ação possa ser arrastada no tempo, o resultado é sempre instantâneo (ex.: homicídio, furto, roubo).
> Os **delitos permanentes** são os que se consumam com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente. Exemplo disso é o sequestro ou cárcere privado.
> Os **crimes instantâneos** de efeitos permanentes, que nada mais são do que os delitos instantâneos que têm a aparência de permanentes por causa do seu método de execução. (NUCCI, 2009)

Já Damásio de Jesus conceitua da seguinte maneira:

> **Crimes instantâneos** são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. Ex.: homicídio, em que a morte ocorre num momento certo.**Crimes permanentes** são os que causam uma situação danosa ou perigosaque se prolonga no tempo. O momento consumativo se protrai no tempo, como diz a doutrina. Exs.: sequestro ou cárcere privado (art. 148), plágio ou redução a condição análoga à de escravo (art. 149) etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no sequestro,enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está emfase de consumação.
> Ao lado dos crimes instantâneos e permanentes há os **instantâneos de efeitos permanentes**. São os crimes em que a permanência dos efeitos não depende do agente. Exs.: homicídio, furto, bigamia etc. (JESUS, 2009) **(Grifo nosso)**

Para o Professor Cezar Roberto Bitencourt, entende que crime instantâneo:

> é aquele que se esgota com a ocorrência do resultado. Instantâneo não significa praticado imediatamente, mas significa que uma vez realizados os seis elementos nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência". Ademais, para o referido autor, "crime permanente é aquele cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado e sequestro)". Quanto aos crimes instantâneos de efeitos permanentes, afirma *Bitencourt* que "não se confunde com o crime permanente com crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente". Registre-se que o penalista *Edgard*

> *Magalhães de Noronha,*[2] tem o mesmo posicionamento doutrinário de *Bitencourt*. (BITENCOURT, 2010)

Em continuidade, não há dúvidas sobre o que seja um crime consumado, vez que sua definição legal é indubitável. Mesmo assim Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

> Está consumado o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato descrito na lei penal. Preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorre a consumação. (MIRABETE, 2011)

Nesta premissa, identifica-se a importância em compreender o momento da consumação do crime, para então distinguir os crimes permanente dos demais.

2.1 Crimes Permanentes

Desse modo, ao examinar cada um dos conceitos mencionados anteriormente, pode-se dizer que são crimes permanentes aqueles que a consumação se prolonga no tempo, em consequência faz com que o agente esteja permanentemente em situação de flagrante delito. Para exemplificar, entre os diversos crimes considerados permanentes, ressalta-se o crime de tráfico de drogas, previsto na Lei brasileira de drogas, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006:

> 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, lei 11343/06)

Em análise do artigo 33 da Lei de Drogas, extrai-se dezoito verbos nucleares. Ainda que o agente pratique mais de um núcleo verbal, concorrerá para a prática de apenas um crime, classificado assim pela doutrina: “Crime de ação múltipla ou de conteúdo variado é aquele cujo tipo penal contém várias modalidades de condutas, e,

[2] NORONHA, E. M. – Jurista. Professor. Patrono da Cadeira de nº 36, da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

ainda que seja praticada mais de uma, haverá somente um único crime”. Bitencourt, Cezar Roberto (2012).

Salienta-se que compondo o bojo do artigo que descreve crime de tráfico de drogas, estão presentes os seguintes verbos: “ter” em depósito e “guardar”, o legislador não detalhou cada conduta, não existindo uma definição clara entre os verbos nucleares citados, no entanto alguns doutrinadores defendem que “ter em depósito” é ter a posse e a propriedade da droga, enquanto “guardar” seria ter a posse e não a propriedade, neste último caso seria estar guardando a droga para alguém, algo muito comum na traficância como forma de angariar vantagem.

Observa-se que em ambos os casos acima, a conduta do agente se protrai no tempo, neste diapasão a prática delituosa daquele que tem em depósito ou aquele que guarda substância entorpecente contrariando a lei em vigor, está permanentemente cometendo o crime, assim como não afasta de si o estado de flagrância.

3 INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

3.1 Garantia Constitucional

A Constituição Federal de 1.988, logo em seu artigo quinto versa sobre os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, a Carta Magma estabelece no inciso XI do referido artigo o seguinte:

> 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 – C.F./88).

A inviolabilidade do domicílio não é uma garantia absoluta, o texto constitucional faz ressalvas, indicando situações em que mesmo sem o consentimento do morador, haverá situações que os encarregados de aplicação da lei ou até mesmo um terceiro, poderão ingressar em domicílio alheio.

3.2 Definição jurídico penal de casa

O código penal brasileiro, no parágrafo 4º, incisos I, II e II do artigo 150, concebeu três definições para o significado do termo casa:

> § 4º A expressão "casa" compreende:
> I — qualquer compartimento habitado;
> II — aposento ocupado de habitação coletiva;
> III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Vale lembrar, que tanto no texto constitucional, quanto no código penal brasileiro, o bem jurídico tutelado é a liberdade individual, a segurança jurídica dado ao "asilo inviolável do indivíduo", não remete a uma questão de proteção patrimonial a priori, mas para a dignidade e o livre desenvolvimento humano, tornando aquele apenas consequência deste. Nesta ótica, voltando ao texto penal codificado, nota-se que casa não tem uma forma física definida, e tampouco se exige regularidade cível para o morador gozar da garantia constitucional afeto à inviolabilidade, para o legislador penal, a essência do conceito de casa, está na condição do espaço físico propor a seu ocupante condições de segurança, tranquilidade e paz junto aos seus familiares.

3.3 Lei 13.869/19 – Lei de Abuso de Autoridade

Precedida do Projeto de Lei nº 7.596 apresentado pelo Senador Randolfe Rodrigues, a nova Lei de Abuso de Autoridade só foi transformada em Lei Ordinária após votação em turno único e sanção parcial Do Presidente em setembro de 2019.

Com opiniões divergentes, a Lei de Abuso de Autoridade em seu sentido original, surge para corrigir erros e omissões dos dispositivos anteriores e claramente caracterizar como abuso de autoridade decisões, ações e omissões de agente público.

Sobre a inviolabilidade do domicílio, o assunto é tratado em apenas um artigo, não trazendo grandes modificações, apenas revoga o §2º do Artigo 150 do Código Penal, que dispunha sobre a violação de domicílio majorada, quando praticada por

agente público com inobservância das permissões ou formalidades legais, ou com abuso de poder. Define o horário para a realização do cumprimento do mandado de busca e apreensão, ou seja, só é permitido entre as cinco e vinte e uma horas.

No parágrafo segundo do artigo 22 da Lei de Abuso de Autoridade, Lei 13.869/19, sobre o ingresso não autorizado pelo morador/ocupante, temos que:

> § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Neste artigo existem três condições que permitem o agente público adentrar em residência alheia mesmo sem o consentimento do morador, são elas: prestar socorro, fundados indícios de flagrante delito ou desastre. Cada uma dessas situações revelam um estado de urgência, a necessidade agir imediatamente, o perigo da demora, poderíamos tratar de cada um desses eventos e as suas inúmeras variáveis, contudo o presente artigo propõe um entendimento mais abrangente do termo “fundados indícios” para respaldar a atuação policial diante dos crimes permanentes que ocorrem no interior de uma residência.

3.4 Exceções da inviolabilidade do domicílio

No contexto processual penal, existem três condições para a quebra da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, que são: em primeiro plano temos a busca domiciliar com o consentimento do morador, diga-se de passagem, que este meio é mais seguro ao encarregado de aplicação da lei, e menos danoso ao cedente.

A segunda forma de ingressar em domicílio alheio, são nos casos de flagrante delito, ou seja, estar ocorrendo crime dentro do espaço físico denominado casa, conforme já descrito, nesta mesma conjunção, estão os crimes permanentes, sendo que existem julgados, favoráveis à possibilidade da busca domiciliar sem o mandado judicial e sem a autorização do morador.

A terceira e última forma de adentrar na casa/congêneres do indivíduo, é com o mandado judicial, expedido previamente e cingido por fundadas razões inconcussas levando o magistrado a deferir uma ordem para se cumprir o mandado de busca e

apreensão, por ele estar convencido que naquela edificação habitada está ocorrendo um crime. Destarte, derradeiro e burocrático meio que excetua a inviolabilidade do domicílio, não raramente se torna ineficaz, preenchido todos os quesitos para conseguir o mandado judicial, o tempo transcorrido favorece a ação dos criminosos que na maioria das vezes modificam o local da prática criminosa justamente para confundir os agentes da lei.

Quanto às exceções à inviolabilidade do domicílio, concernente ao cometimento de crime do portão para dentro, Luciano Dutra explana que:

> Dessa forma, quem emprega a própria casa para fazer dela instrumento para acobertar, praticar ou facilitar o cometimento de delitos não terá a tutela constitucional protetiva inerente ao domicílio, que por certo não está à disposição do crime. (DUTRA, 2007).

O nobre doutrinador alude que as garantias protetivas expressas na Constituição Federal, não devem ser confundidas como escopo para o cometimento de crimes, subvertendo assim a tutela jurisdicional.

4. FLAGRANTE DELITO

Expressão jurídica do latim: "*in flagranti"* (arder, estar em brasa) *"crimine"* (crime), que deu origem ao termo "flagrante", comum na língua portuguesa, tem sua interpretação literal máxime no universo jurídico "no calor do crime", "neste momento", "delito que ainda queima ou que ainda não esfriou".

O artigo 302 do código de processo penal brasileiro apresenta quatro situações em que o agente pode se achar-se em flagrante delito:

> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
> I - está cometendo a infração penal;
> II - acaba de cometê-la;
> III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
> IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A definição de flagrante delito não está restrita ao artigo e seus incisos como citado logo acima, existem peculiaridades e variáveis para cada fato crime, a forma

de cometimento, duração, exaurimento, entre outras constantes que podem constituir ou não o estado de flagrância.

4.1 Espécies de flagrante delito

Doutrinariamente podemos subdividir a situação de flagrante subdivide em três espécies, que se distinguem pelos fatores lapso temporal, distância física, contato e relação com objeto do crime ou de execução. São estas espécies: flagrante próprio, flagrantes impróprios e presumidos.

Flagrantes Próprios

A doutrina institui que os dois primeiros incisos do citado artigo, são conceituados como sendo flagrantes próprios, assim diz Nestor Távora:

> Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de comete-la. E a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão. (TÁVORA, 2011)

Nota-se que partindo da concepção etimológica do termo “flagrante”, tem-se no inciso I do artigo em epígrafe, que “fogo que queima”, é a situação em que o policial depara com o criminoso em ação, executando o crime; já no inciso II, embora o transgressor já tenha cometido o crime, “o fogo ainda arde”, condição em que o agente é pego instantes após ter cometido o delito, sem chance de ocultar ou transfigurar a cena do crime.

Flagrantes impróprios

Em relação ao inciso III, ocorre que o agente é perseguido por qualquer um do povo logo após cometer o crime em situação que faça presumir que seja o autor do crime, nesta modalidade de flagrante, existem duas condições para efetivação da prisão, ter o autor do crime acabado de agir e ser perseguido em seguida sem que haja interrupção ou lapso temporal que afaste a certeza da autoria, nesses casos no

momento da prisão pode não haver mais o “calor do fogo”, em contrapartida, aquele que o perseguiu, terá necessariamente ter participado do processo de “esfriamento”.

No terceiro inciso do artigo 302, não importa o tempo de duração da perseguição, desde que seja realizada sem interrupções e que se mantenha o que se exige no final do dispositivo legal: “situação que faça presumir ser autor da infração”, ou seja, não perca a caracterização de autoria.

Flagrantes presumidos

Distintivamente do inciso anterior, no quarto e último, a lei não vislumbra a necessidade da perseguição, necessitando apenas que o suspeito de ter cometido o ilícito seja apanhado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que convençam de maneira indubitável. Sobre o assunto, muito bem exemplificou Guilherme de Souza Nucci:

> É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão.(NUCCI, 2016)

Enfim, Eugênio Pacelli (PACELLI,2015) completou dizendo: “Seja como for, quer se trate de flagrante próprio, quer de flagrante impróprio ou de flagrante presumido**, a consequência jurídica será sempre a mesma: o recolhimento à prisão**, [...]. **(Grifo nosso)**

4.2 Prisão em flagrante nos crimes permanentes

Cabe frisar que o código de processo penal expressa em seu artigo 303, que se encontra o criminoso em flagrante delito ao mesmo tempo que perdurar a permanência, como bem descreve Nestor Távora:

> Enquanto não cessar a permanência, a prisão em flagrante poderá ser realizada a qualquer tempo (art. 303, CPP), mesmo que para tanto seja necessário o ingresso domiciliar. Como a Carta Magna, no art. 5°, inciso XI, admite a violação domiciliar para a realização do flagrante, a qualquer hora do dia ou da noite, em havendo o desenvolvimento de crime permanente no

> interior do domicílio, atendido está o requisito constitucional. Se o traficante tem substância entorpecente estocada em casa, o crime de tráfico estará caracterizado em situação de permanência, admitindo-se o ingresso para a realização da prisão. (TÁVORA, 2017)

O texto processual penal não delimitou quais delitos e tampouco a gravidade destes para caracterização da prisão em flagrante, podendo ser infração penal (crime) ou na espécie contravenção penal.

5. Busca policial domiciliar em face dos crimes permanentes

Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, delimita quais são as atribuições da atividade policial militar no território nacional, conforme artigo 144, V § 5º:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> I - polícia federal;
> II - polícia rodoviária federal;
> III - polícia ferroviária federal;
> IV - polícias civis;
> **V - polícias militares** e corpos de bombeiros militares.
> § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. **(Grifo nosso)**

A busca domiciliar está regulada pelo código de processo penal no artigo 240, § 1º alíneas “a” a “h”, como adiante se vê:

> Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
> § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
> a) prender criminosos;
> b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
> c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
> d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
> e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
> f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
> g) apreender pessoas vítimas de crimes;
> h) colher qualquer elemento de convicção.

O policial militar no cumprimento do seu dever, depara com situações em que o atraso nas decisões corrobora para a evolução/consumação do crime. Imagine-se hipoteticamente que: “uma guarnição policial receba informações com riquezas de detalhes, vindas de fontes confiáveis, dando conta que em uma casa em um bairro residencial, a pessoa de nome “x” estava comercializando drogas. Imediatamente, esta mesma equipe policial passou a monitorar o local de forma discreta.

Após observar por várias horas, notaram a movimentação de pessoas no endereço indicado pelo informante, dentre elas, algumas conhecidas no meio policial pelo envolvimento com uso de entorpecentes. As pessoas eram atendidas pelo morador por uma pequena abertura no portão, que por sinal estava trancado por um enorme cadeado. Os militares flagraram algumas pessoas entregando uma certa quantia em dinheiro ao morador sendo que este repassa ao suposto “cliente” um pequeno material. Devido a distância mantida pelos policiais a fim de não serem percebidos, o que colocaria em risco a operação, impedia a realização da abordagem das pessoas aparentemente estava comprando algo naquele local.”

Nota-se que o fato narrado dá ao encarregado de aplicação da lei umaarriscada oportunidade de elucidar um crime, caso obtenha êxito em sua atuação. Noentanto, se a missão falhar o agente de segurança responderá pessoal e criminalmente pelo crime previsto no artigo 150 do código penal, invasão de domicílio,agravado pela condição de ser funcionário público, amoldando-se também no crime de abuso de autoridade.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento semelhante, estabeleceu que:

> A garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio cede espaço nos casos de flagrante delito, não merecendo censura a ação policial intentada com o objetivo de efetuar prisão no interior de residência, após constatar em campana a realização de comércio ilícito de entorpecentes (STJ, RHC 7.749, Rel. Vicente Leal, 6ª T., DJU 28/9/1988).

Requerido pela autoridade policial, em detrimento da sobrecarga processual, o Juiz competente leva em média quatro semanas para apreciar o pedido, sem contar o tempo despendido pela polícia, para preparar o dossiê preenchendo os quesitos necessário para fundamentar a requisição.

5.1 Das fundadas razões e o grau de certeza

É evidente que as buscas domiciliares devem ser controladas, não se admitindo o ingresso de policiais em residência alheia de maneira aleatória, lembrando que a regra é a inviolabilidade, que pode ser quebrada quando houver razões fundamentadas ainda que *a posteriori* que justifique a medida, (art. 240, § 1º CPP).

A discussão maior sobre o assunto, não está na possibilidade ou não do ingresso forçado no domicílio onde estiver ocorrendo o crime, mas sim no grau de certeza que esteja de fato acontecendo. Nesse aspecto existem três correntes segundo Henrique Castro, professor, delegado de polícia e autor de várias obras:

> 1ª - é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; trata-se de juízo de certeza. (MACIEL, 2010)
> 2ª - não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas, ou seja, demonstração por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); cuida-se de juízo de probabilidade, demonstrado por elemento externo objetivo. (BARBOSA, 2017)
> 3ª - é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal; trata-se de juízo de possibilidade, aferível por elemento interno subjetivo. (STF. RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, 06/11/2015)

Temos que o STF se posiciona favorável à segunda teoria, que apresenta um meio termo, onde não se exige do policial a constatação visual flagrante delito, entretanto não autoriza que vagas suspeitas, ou indícios fracos, sirvam de pretexto para invadir casa de terceiros.

O Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento do Recurso Extraordinário RE 603.616, concluindo por maioria de votos, que:

> [...]
> só é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, mesmo no período noturno, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, justificada excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2015).

O Ministro Luiz Fux, fez menção da súmula vinculante número 11, comparando à decisão do Ministro Gilmar Mendes, trazendo à baila que a medida em ambos os casos se trata de medida exceção, acrescentando que cabe ao policial assim como prevê a Súmula Vinculante 11 deverá fazê-lo na busca domiciliar nos casos de flagrante delito.

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, **justificada a excepcionalidade por escrito**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Súmula vinculante nº 11. (BRASIL, 2008) **Grifo nosso.**

Em seu relatório, no Recurso Extraordinário 603.616 - STF, o Ministro Gilmar Mendes foi ainda além em sua argumentação e sua interpretação contextual, do caso concreto, contudo de aplicação ampla quando diz que a tese por ele defendida é um avanço. Gilmar Mendes considera válida a entrada força em domicílio para realização de prisão em flagrante, mesmo que ocorra durante a noite, alicerçado tal medida em fundadas razões, o que surpreendeu na decisão do Excelentíssimo Senhor Gilmar Mendes Ministro do STF, foi defender que, estando o policial atulhado de fundadas razões para agir, e ainda sim a houver fracasso na diligência, a autoridade policial não será responsabilizado penalmente, a não ser que ocorra excesso injustificáveis durante o cumprimento das buscas. STF - RE 603.616 RO:

> Ainda assim, tenho que a tese é um avanço para a concretização da garantia. Com ela, estar-se-á valorizando a proteção à residência, na medida em que será exigida justa causa, controlável a posteriori, para a busca. No que se refere à segurança jurídica para os agentes da segurança pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumiro risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência fracasse. Por óbvio, eventualmente, o juiz considerará que a medida não estava justificada em elementos suficientes. Isso, no entanto, não gerará a responsabilização do policial, salvo em caso de abuso inescusável. (STF. RE 603.616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes. 05/11/2015)

O relator do recurso em epígrafe, não tem como objetivo banalizar o crime de invasão de domicílio pelos agentes de aplicação da lei, e sim resguardá-los do risco de não lograrem o êxito, quando todas as razões e indícios fundamentarem a certeza da prática delituosa no interior de uma residência.

6. Conclusão

Em suma, é possível realizar uma análise um tanto quanto positiva da decisão do STF ao julgar o recurso extraordinário 603.616-RO. É necessário contrabalancear as garantias aqui exibidas e refletir sobre a necessidade de evoluir o sistema processual penal e suas garantias aplicadas ao exercício da atividade policial, dando a esta categoria, que por sinal é vital e imprescindível no ordenamento jurídico, maior valoração, credibilidade e segurança para cumprir com o seu dever. Mormente, ao conferir aos policiais maior liberdade para atuar, inevitavelmente e diretamente proporcional, terão como consequência um nível mais elevado de cobrança.

Não se trata da banalização do crime de invasão de domicílio cometido por funcionário público, ou muito menos de atribuir aos encarregados de aplicação da lei uma imunidade penal. Ao Estado é conferido o poder de coerção e interferência na vida do particular e prol do bem estar da coletividade, sem jamais 'atropelar' a dignidade da pessoa humana quanto cidadão, assegurando os direitos e garantias fundamentais, os quais estão expresso na Constituição Federal/88, dentre os quais estão o direito de ir e vir, a inviolabilidade do domicílio, entre outros. Nada obstante, o que não convém, é admitir que uma pessoa use a própria residência para o cometimento de infração penal, protegido por um direito que lhe faça se sentir intocável.

Desta maneira, faz-se razoável e proporcional, consentir, com bastante critério e sob o crivo do poder judicial *a posteriori,* que o policial ingresse em domicílio alheio, seguro que existem fundadas razões da existência de fato crime, com destaque para aqueles considerados permanentes. Assim sendo, é indispensável a apresentação de uma justificação escrita e fundamentada, com a finalidade, de assim, coibir, e decerto responsabilizar, os responsáveis das eventuais buscas e condutas arbitrárias caso vislumbradas.

Enfim, se de um lado não cabe ao encarregado de aplicação da lei agir quando bem entender, confrontando com os direitos individuais; doutra parte, a pessoa que concorre para a prática de crime, inclusive os permanentes, ou seja, aquele que se protrai no tempo, não se favorecerá sob alegação de quebra da inviolabilidade do domicílio e tampouco arguirá a licitude das provas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal: parte geral**, **1** / Cezar Roberto.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 2010.

BITENCOURT, **Tratado de direito penal,** parte geral v. I 2010, p. 253-254.

BRASIL, Lei 13.869, de 27 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

BRASIL. 2008 STF. **Súmula Vincunlante nº 11**. DJe nº 157 de 22/08/2008, p. 1. DOU de 22/08/2008, p. 1.

BRASIL. 2015 STF, **Recurso Extraordinário 603.616**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral (v.I). 15ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 288.

CASTRO, H. H. M. ACADEMIA DE POLÍCIA - **Prisão em flagrante no domicílio possui limites** - https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites#_ftn5/> Acesso em: 09 de nov. de 2018.

JESUS, D. E. **Direito Penal** – V.I. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189-190.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LUIZ FLAVIO (coord.) **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25. Também chamada de *justa causa provável*: BARBOSA.

MACIEL, Silvio. **Abuso de autoridade**. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES.

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

MIRABETE, J.F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.114.

MIRABETE; FABRINNI, **Manual de Direito Penal** - 2011, p.141.

NORONHA, E. M. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, G.S. **Manual de Direito Penal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 177-179.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 532.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016.p. 874.

SALOMÃO, Pedro Emílio Amador et al. Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro. 2020.

SALOMÃO, P. E. A., Vieira, R. G. C., Leonarde, G. S. S. Labor Reform and Sucumbential Advocatory Fees: The mitigation of the constitutional guarantees of wide access to jurisdiction and free integral judicial assistance
Research, Society and Development, v. 10, n. 3, p. e4910312988, 2021.

Silva Pinheiro, A. V., de Castro Rocha, E., & Amador Salomão, P. E. (2020). LICITAÇÃO PÚBLICA: A IMPORTÂNCIA DO PROCEDIMENTO NA TRANSPARÊNCIA E COMBATE A VÍCIOS EM ATOS ADMINISTRATIVOS. Revista Multidisciplinar Do Nordeste Mineiro, 2(2). doi:10.17648/2178-6925-v2-2020-11