

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**A INVIOLABILIDADE EM DOMICÍLIO
NA OCORRÊNCIA DE FUNDADA
SUSPEITA DE FLAGRANTE DELITO**

**INVIOLABILITY IN DOMICILE IN THE
OCCURRENCE OF FOUNDED
SUSPECTIONS OF FLAGRANT CRIME**

**Denivan Carvalho EVANGELISTA
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)
E-mail: denivan.82@hotmail.com**

**Fernando Rizério JAYME
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)
E-mail: fernando@catolicaorione.edu.br**



RESUMO

Esta abordagem analisa a inviolabilidade do domicílio na ocorrência de fundada suspeita de flagrante delito. O objetivo é identificar a evolução da inviolabilidade do domicílio ao decorrer dos anos, analisar as fundadas suspeitas e quais são as hipóteses em que as polícias podem adentrar dentro do domicílio e fazer a busca pessoal e domiciliar de uma pessoa. Este artigo está sendo feito por meio de análises de pesquisas bibliográficas como livros, artigos científicos, sites e de pesquisas documentais que são as decisões judiciais sobre este tema e leis que legisla sobre esse assunto. Essa abordagem deixa claro as causas em que os policiais podem entrar em um domicílio, no entanto, ainda há muitas invasões em domicílios de maneiras ilegais, atitudes essas que deveriam ser coibidas por meios de fiscalizações e punições dos agentes envolvidos.

Palavras-chave: Inviolabilidade do domicílio. Fundada suspeita. Flagrante delito.

ABSTRACT

This approach analyzes the residence's inviolability in the found suspicious that leads to felonious crime. The goal is identifying the evolution of the residence's inviolability over the years, analyze the found suspicious and what are the hypotheses which police can step into a house and do the personal and household search of a person. This paper has been made by bibliographic researches analysis like books, scientific articles, websites and document researches which are the judicial decisions about this matter and legislations that rule about this topic. This approach makes clear the causes which police can step into a residence, however, there are several domicile invasions in illegal ways. Such an attitude should be inhibited by means of supervision and punishments to the agents involved in this.

Keywords: Inviolability of the home. Founded suspicion. Flagrant crime

INTRODUÇÃO

A nomenclatura “*inviolabilidade da casa*” é umas das garantias mais antigas já criadas pelo ser humano até os dias atuais, gerando controvérsia. Antigamente, não havia

direitos que resguardavam a inviolabilidade do domicílio, portanto, a mando de alguma autoridade, determinadas pessoas poderiam invadir a casa do indivíduo livremente e ele nada poderia fazer.

No Brasil, a proteção à inviolabilidade da casa somente ocorreu com a promulgação da Constituição de 1824 que trouxe em seu artigo 179, VII, que todos os cidadãos têm sua casa inviolável e que a noite não pode entrar nela. As exceções são em casos de consentimento, defesa contra incêndios ou inundações e durante o dia poderá entrar, desde que determinado por lei.

Devido à importância desse tema e sua evolução ao longo dos anos, a Constituição Federal de 1988 também resguardou sobre o tema, ao considerar a casa como asilo inviolável do cidadão. Contudo, expressou as suas exceções que se dão em caso de flagrante delito, prestação de socorro ou por determinação.

Dessa forma, o art. 244 do Código de Processo Penal, menciona que a fundada suspeita está intimamente ligada à busca pessoal, demonstrando como requisitos e pressupostos essenciais que esta fundada suspeita seja devidamente fundamentada e motivada de forma que não venha a ferir os preceitos constitucionais da inviolabilidade do domicílio e do indivíduo.

Com isso, a fundada suspeita implica que o agente de segurança pública não pode interferir nos limites do indivíduo suspeito ou investigado em menos que possua determinação motivada para fazê-lo, como já afirmou o STF que mencionou que é ilícita a busca e apreensão baseada em denúncia anônima.

O flagrante delito, por sua vez, está tipificado no art. 302 do CPP, no qual menciona que o indivíduo que está cometendo a infração, ou acabou de cometê-la, ou sendo perseguido e encontrado pelas autoridades presumindo ser o autor da infração ou em posse dos instrumentos que possa ter utilizado em seu cometimento, é considerado em flagrante delito.

Dessa forma, podemos dividir o flagrante delito em próprio ou impróprio segundo a doutrina, de forma que se deve observar o art. 5º, LXI da Magna Carta de 1988, no qual expõe que “ninguém poderá ser preso senão flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime militar, definidos em lei”.

Diante disso, é importante a observação de meios de premissas de jornais, livros, artigos científicos etc. Segundo Gil (2008, p. 50), “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”. A pesquisa bibliográfica não será suficiente para que alcance todos os objetivos almejados, por isso, vai ser necessário utilizar da pesquisa documental, que conforme Gil (2008, p. 51) diz que:

A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A única diferença entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

Portanto, é importante fazer alguns apontamentos sobre esse assunto: Quais os marcos históricos na evolução da proteção do domicílio? Quais as exceções à inviolabilidade do domicílio e como os tribunais superiores decidiram sobre esse tema. Em quais casos é possível a prisão em flagrante delito?

CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITUAL DO DOMICÍLIO

Desde os primórdios da civilização, a inviolabilidade residencial sempre foi uma importante figura para o Direito e por esse motivo é uma das garantias mais antigas criada pelo homem. No decorrer dos séculos tem sido alvo de polêmicas e discussões acerca de sua violabilidade.

Com isso, a proteção do domicílio remete-se a idade média nas tradições inglesas, que segundo o entendimento de Alexandre de Moraes (2003, p. 63):

O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chathan no Parlamento britânico: O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

Com o surgimento da Carta Magna de 1215 na Inglaterra, veio o início dos direitos fundamentais que garantiu direitos básico e individuais para cada cidadão da época. Desse modo, estabelecendo direitos nunca vistos nessa região.

A proteção contra buscas domiciliares ou contra quaisquer ordens gerais abusivas já estava resguardada desde a Declaração dos Direitos do Homem da Virginia de 1776, em

seu artigo X, no qual relata que não deve ser concedido a funcionários judiciais adentrarem em lugares suspeitos sem provas da prática de um fato delitivo.

A Constituição Americana de 1791 em sua emenda IV também estabeleceu em seu texto sobre a inviolabilidade de domicílio, descrevendo que é direito do povo a inviolabilidade de suas casas em face de busca e apreensão arbitrárias e que nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, além de constar o local em que será efetuada a busca, junto à indicação das pessoas ou coisas a serem captadas.

Outro importante avanço na proteção do domicílio ocorreu com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que estabeleceu no seu artigo 17, §1º que ninguém pode ser instrumento de ações arbitrárias ou ilegais em seu domicílio.

A proteção da violabilidade da casa está presente na história legislativa brasileira desde a promulgação da Constituição de 1824, conforme seu artigo 179, VII, no qual todos os cidadãos possuem sua casa como sendo ela inviolável e que durante a noite não pode nela adentrar, com as exceções previstas em casos de consentimento, defesa contra incêndios ou inundações e de dia poderá entrar desde que determinado por lei.

A Constituição Federal de 1988 também resguardou sobre a casa ser asilo inviolável nos moldes do artigo 5º, inciso XI (CF/88): “[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Diante disso, é necessário conhecer o conceito de domicílio, que segundo os ensinamentos de Mendes e Branco (2011, p. 431): “[...] abrange todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual. O conceito constitucional de domicílio é, assim, mais amplo do que aquele do direito civil”.

Com isso, infere-se que o domicílio é o espaço físico que o indivíduo possui para sua privacidade. Diferentemente do Código Civil em seu art. 70, no qual o domicílio do indivíduo é aquele em que ele estabelece sua residência. Já no Código Penal, em seu art. 150, §4º, menciona que o código entende do que se trata a expressão “casa”. Sendo assim, não poderá ser violado o domicílio a não ser nas hipóteses previstas na Constituição Federal 1988 e sua violabilidade deverá ser fundamentada e motivada judicialmente pelo perfeito andamento das investigações.

EXCEÇÕES À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Apesar de a casa ser considerada inviolável pela norma constitucional brasileira, esse direito não é absoluto, pois existem hipóteses que é cabível a violação do domicílio, desde que preenchidas as circunstâncias que provêm do artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, que são: os casos de flagrante delito ou desastre; prestar socorro; ou, durante o dia, por determinação judicial motivada.

Ademais, de acordo com o art. 150 do Código Penal, é crime adentrar ou permanecer na casa contra a vontade expressa do seu possuidor. Contudo, no § 3º possui as excludentes da ilicitude que são:

§ 3º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

O flagrante delito é regido pelo artigo 302 do Código de Processo Penal, no qual aduz que incorre em flagrante delito aquele que pratica infração penal ou acabou de fazê-la, bem como, se é perseguido após a infração penal, seja pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situações que tornem evidentes a pessoa perseguida ser o autor do ato ilícito. Outra hipótese é o fato de logo depois de um acontecimento de um ato ilícito, ser encontrado com armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público (2022), o conceito de flagrante delito é:

O exato momento em que o agente está cometendo o crime, ou, quando após sua prática, os vestígios encontrados e a presença da pessoa no local do crime dão a certeza de este ser o autor do delito, ou ainda, quando o criminoso é perseguido após a execução do crime. Para ocorrer o flagrante é necessária a certeza visual ou evidência do crime. O flagrante pode ser impróprio, quando há perseguição, ou presumido, quando não há perseguição, mas o criminoso é apontado pelo próprio ofendido ou é encontrado em situação que faça presumir sua culpabilidade

O supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a inviolabilidade em domicílio em razão do flagrante delito ao julgar o HC 180288, como visto a seguir:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006). 4. Flagrante delito. Inviolabilidade de domicílio não configurada. Crime permanente.

Repercussão geral reconhecida. Por ocasião do exame do RE nº 603.616/RO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, nos casos de flagrante em crimes permanentes, há a possibilidade de busca e apreensão domiciliar sem o mandado judicial. 5. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido. (HC 180288 AgR, Relator (a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 29-05-2020 PUBLIC 01-06-2020).

Uma observação interessante a ser analisada dessa decisão do relator Gilmar Mendes é que a jurisprudência do STF pacifica o tema acerca dos casos de flagrante delito em crimes permanentes, que pode ocorrer a busca e apreensão sem a necessidade do mandado judicial.

A outra exceção à inviolabilidade do domicílio é nos casos de desastres ou para prestação de socorro. Essas duas hipóteses são mais fáceis de compreendê-las se forem analisadas de forma conjunta, visto que uma pode ser o complemento da outra, por exemplo, quando ocorre um desastre natural como o deslizamento de terra em que casas ficam soterradas e devido à urgência em prestar socorro para as pessoas que ficaram submersas nas terras não têm que pedir autorização para alguém para poder salvar a vida delas. Portanto, aqui o direito à vida prevalece sobre o direito à privacidade, patrimônio e entre outros direitos que poderiam ser citados.

A inviolabilidade do domicílio também é mitigada por decisão judicial, que deve ser motivada, como nos casos da busca e apreensão que deverá ocorrer a partir das 5 horas da manhã até 21 horas da noite. Se esse horário não for respeitado, os agentes que estão fazendo essa busca e apreensão praticarão abuso de autoridade conforme o artigo 22, §1º, inciso III da Lei 13.869/2019. A inobservância a esse horário somente nos casos de prestar socorro e desastres naturais.

Vejamos um exemplo real de uma busca e apreensão que ocorreu ilicitamente por carência de motivação, conforme julgamento do HC 180709 feito pelo Supremo Tribunal Federal:

Direito penal e processual penal. **Ilicitude de busca e apreensão.** 2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes. 3. **Decisão carente de motivação.** A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do

art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019. 4. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada e, conseqüentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa. (HC 180709, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 13-08-2020 PUBLIC 14-08-2020). (**grifo nosso**)

Dessa forma, entende-se a partir desta decisão, que é ilícita a busca e apreensão fundamentada em mera denúncia anônima que não tenha sido melhor diligenciada para verificar a veracidade e autenticidade da denúncia que precisa ser motivada para que se cumpra o rito formal da investigação, do contrário pode levar a investigação às ruínas por ausência de justa causa.

FUNDADA SUSPEITA E FLAGRANTE DELITO

Fundada Suspeita

A fundada suspeita menciona a busca pessoal como sendo uma das principais ferramentas de prevenções de crimes, além de estar ligada diretamente com as abordagens policiais. O artigo 244 do Código Processo Penal demonstra como requisitos e pressupostos essenciais para que ela seja feita, tendo que existir a fundada suspeita do abordado que está em posse de algum tipo de arma proibida, como também de objetos ou papéis que estabelecem o corpo de delito, sendo a mesma medida utilizada no ato da busca domiciliar.

Quando feita esta análise da expressão "fundada suspeita", é constatado que o legislador deixou vago o entendimento demasiadamente subjetivo ao policial, podendo existir inúmeras contestações a respeito, tendo dificuldade em definir a expressão e sendo o elemento essencial para justificativa da abordagem pessoal a subjetividade dada a expressão oferecida aos agentes públicos.

Em sua doutrina, Nucci (2009) analisa a subjetividade do policial, ao proceder à busca pessoal e se deparar com um flagrante eminente. Esse posicionamento se mostra acertado, visto que somente a situação fática pode definir se é necessário ou não a busca pessoal.

Desta forma, ainda segundo Nucci (2009), fundada suspeita é um critério primordial e obrigatório para que seja feita a busca pessoal, espesso na inspeção do cidadão. Já a atitude suspeita trata-se de uma suposição, uma desconfiança, ou até mesmo

uma hipótese, no qual a norma obriga a existência da fundada suspeita, que é mais real e seguro.

De tal modo, quando um agente público suspeitar de alguém, terá que ser amparado através de algo mais concreto, tais como, denúncias feitas por terceiros de que existe um instrumento utilizado para cometimentos de crimes e não se valha apenas do seu tirocínio e de suas experiências vividas nas ruas, mas se o policial tendo visualizado alguma coisa que for perceptível abaixo da blusa do sujeito dando claro aumento de volume caracterizando ser uma arma, dá total amparo para que o agente possa fazer a busca pessoal.

Afinal, é impossível e inapropriado especificar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, destacando que as forças policiais são atribuídas da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente.

A fundada suspeita não se trata de um rol taxativo de casos em que seria de real veracidade a materialização de um crime ou possível criminoso, ficando facultado ao agente policial analisar o fato de acordo com sua convicção. Lopes Júnior (2011, apud SPANNER, 2012, p. 36) aduz que a fundada suspeita é “[...] cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial”.

Diante da fundamentação legal, ocorre a premissa para fundamentar a abordagem policial com suportes jurídicos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal, no Código de Processo Penal Militar e em doutrinas. Contudo, sendo analisado com uma tendência mais sociológica percebendo também que a elaboração da fundada suspeita pode existir em muitos fatores históricos e sociais.

Diante disso, apesar de estar positivada em nosso ordenamento jurídico pátrio, a abordagem policial sempre se mostrou um assunto polêmico na sociedade e entre os operadores do direito, tendo em vista o possível constrangimento que a ação policial pode causar no cidadão abordado. Contudo, segundo Pinc (2007) ainda é considerado um dos principais métodos de prevenção ao crime.

Flagrante Delito

Para adentrar na casa, existem algumas possibilidades que viabilizam a vertente da inviolabilidade do domicílio, sendo ela o flagrante delito, que não demanda de ordem

judicial e poderá ser feita durante o dia ou até mesmo a noite. De acordo com Brito (2019, p. 222), que em sua fala menciona que “a prisão que antecede a pena mais distinta do leigo é a prisão em flagrante, atraída pela coerente autoria e materialidade daquele que está cometendo crime [...]”.

Tratando-se das causas especiais de ilicitudes com relação ao crime de violação de domicílio situado no Código Penal no artigo 150, § 3º, incisos I e II, remete-se: “a não existência de crime ao adentrar ou ficar na residência de outrem, seja durante o dia ou à noite, no momento que no local esteja acontecendo algum crime ou na proeminência, respeitando as formas legais da lei”. Para que não seja cometido o abuso de autoridade que condiz com o artigo 22, caput, da Lei 13.869/19, descrito em sua redação falando que: “existe abuso de autoridade com a violação do domicílio”, de acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso X, “todos são congruentes diante das leis brasileiras, sendo a casa um local inviolável do cidadão não podendo nenhuma pessoa nela entrar sem a permissão do morador”.

Posto no Código de Processo Penal, que o flagrante delito é decidido como:

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.

Colocado pelo doutrinador Aury Lopes Jr., os incisos I e II se dão ao flagrante próprio, o inciso III ao flagrante impróprio e o inciso IV ao flagrante ficto ou presumido (LOPES, 2017).

É favorável comentar que o flagrante delito pode emanar tanto no crime quanto na contravenção penal, tendo a infração penal como gênero, o crime e a contravenção penal são suas espécies. A infração penal engloba as duas condutas. Contudo, com a abertura do Juizado Especial, na Lei nº 9.099/95, caracterizando as contravenções como infrações de menor potencial ofensivo – artigo 69, parágrafo único – que antecede que não colocará prisão em flagrante se o autor da conduta for encaminhado ao juizado ou assumindo a obrigação de comparecer quando for intimado através do termo circunstanciado de ocorrência.

Qualquer pessoa pode dar a voz de prisão em flagrante, a diferença é que um dos sujeitos ativos tem a opção e o outro tem a obrigação. Sendo um sujeito ativo as

autoridades policiais e seus agentes, no qual possui o dever, ou seja, a obrigação de realizar a prisão. Já o outro sujeito ativo, o povo, tem a faculdade de prender ou não algum infrator da lei, tendo em vista que não é exigido que o cidadão coloque sua vida em perigo para proibir condutas ilícitas ou antijurídica, extraído esse conteúdo do artigo 301 do Código de Processo Penal.

ESPÉCIES DE FLAGRANTE DELITO

Flagrante Próprio e Impróprio

Seguindo ao delito de flagrante próprio, que é de fácil entendimento, neste o agente é flagrado cometendo o ato ilícito ou em seguida após o ter cometido. Já o flagrante impróprio, de acordo com Messa (2014) é quando o agente é perseguido, logo após o acontecimento da infração, em condição que dar para entender que ele é autor do ato praticado. Os requisitos do flagrante delito impróprio são o acompanhamento assíduo, continuado e começado logo após da infração, não sendo obrigado o contato visual dos envolvidos. São exigências o acompanhamento insistente, continuado e começado em seguida da infração, não sendo obrigado o contato visual entre as partes envolvidas, mas obrigatoriamente tendo que identificar o autor (MESSA, 2014. pp. 648, 649).

Em se tratando da expressão “logo após”, Pacelli (2018, p. 545) comenta que “não existe um método legítimo objetivo para dizer o que seja logo após falado no artigo 302, do Código de Processo penal, tendo que a questão ser estudada sempre a partir do caso concreto”. Segundo este inciso, o autor se refere ao que interessa a expressão no trecho que faça presumir ser o indivíduo o autor da infração.

O que se tem é a visão da fuga e não do acontecido do ato infracional que deve preceder de grande cautela, até porque uma pessoa que foge de um acompanhamento de agente público não é necessariamente um infrator da lei, temendo ser injustiçado, ou seja, medo de ser confundido como autor de uma infração, mesmo ainda ter cometido algum ato ilícito que não tenha qualquer ligação com o fato que originou a perseguição, podendo apenas está cometendo um crime permanente, como crime de posse de drogas.

Flagrante Presumido

Já o inciso IV, no qual comenta sobre o flagrante delito presumido, a doutrina de Messa (2014) expõe que aquele que o indivíduo é encontrado depois com objeto, ou ações que faça parecer ele ser o autor da infração penal, mesmo não importando como fora

encontrado, se por investigação ou inesperado, o importante é a apreensão em posse do cidadão com o (s) instrumento (s), objeto (s), arma (s) ou papel (éis) que demonstra a relação direta com o ato criminal praticado.

Flagrante Permanente

Já o flagrante de crime permanente, no qual o ato infracional se consuma no tempo, por exemplo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma fogo. Enquanto não interromper a permanência, entende-se que pode ser feita a prisão em flagrante em conformidade com o artigo 303, CPP, mesmo os autores estando dentro da casa.

Existem muitas polêmicas sobre o assunto, não quanto à hipótese da entrada na residência em caso de flagrância, mas sim na certeza de que está acontecendo um crime no local. Neste sentido, há basicamente três correntes: (a) Maciel (2010, p. 25) que diz que “é necessário que o policial possua a certeza ocular do flagrante acontecendo no interior do domicílio, sob o panorama da via pública; tratando de juízo de certeza”; (b) Hoffmann (2017, p.144) fala que o agente público não necessariamente veja o crime que está ocorrendo dentro da casa, mas que tenha fundadas razões de que existe um crime acontecendo, junto a demais comprovações, como, por exemplo, fala de uma testemunha ou relatório da polícia de consequência de campana; e (c) sendo desnecessária a confirmação ocular do flagrante pela polícia, igualmente sem as fundadas razões, ingressando na residência apenas com suspeita de estar acontecendo um crime no interior do domicílio, baseado no simples tirocínio pessoal – tratando-se de um julgamento de possibilidades, comparável por informação essencial subjetiva.

Quanto à expressão contida no texto legal “logo depois”, ensina Mossin (2010) que assim como a expressão conotativa de tempo do inciso anterior, também não possui uma definição legal objetiva que deve esta ser interpretada de acordo com o caso concreto. Entretanto, ressalva que é de entendimento majoritário que a expressão “logo depois” admite uma interpretação mais rigorosa no que diz a quantidade de tempo do que a expressão do inciso anterior, não podendo, assim, levar horas para a efetiva prisão em flagrante delito.

No que tange aos objetos que podem ser encontrados junto do possível autor do delito, estes devem ter conexão com o ilícito, fazendo uma ponte entre o sujeito e o acontecimento. Seria o caso de um agente achar uma faca ensanguentada na posse do suspeito, quando se tratar de um crime violento e os ferimentos da vítima condizem com

cortes de faca, ou ainda quando o suspeito é abordado com uma bolsa que condiz com as descrições dadas pela vítima de um roubo ou um furto.

Flagrante Esperado

Já o flagrante esperado é quando os agentes policiais têm ciência do possível delito e ficam na espreita, esperando a prática criminosa iniciar ou consumir-se, para, assim, efetuar a prisão em flagrante. Nos ensinamentos de Pacelli (2011), no flagrante esperado, não há intervenção de terceiros na prática do crime, mas informação de sua existência. Ocorreria, por exemplo, quando alguém, que por qualquer motivo tivesse conhecimento da prática futura de um crime, transmitisse tal informação às autoridades policiais, que então se deslocariam para o local da infração, postando-se de prontidão para evitar a sua consumação ou o seu exaurimento.

Este flagrante é plenamente aceito no direito brasileiro, pois o agente policial não incentiva ou interfere na prática do crime, ou seja, o crime ocorreria independente da presença furtiva ou não da força policial. Ainda, há a possibilidade da prisão em flagrante de crime permanente, conforme reza o art. 303 do Código de Processo Penal. Nas infrações permanentes, é entendido que o agente pratica o flagrante delito enquanto não cessar a permanência do ato.

Conforme ensina Bonfim (2018), a consumação destes crimes prolonga-se no tempo até que cesse tal conduta, desde que estando a todo o momento o agente consumando o delito, ocorrendo então o flagrante.

Flagrante Preparado ou Provocado

Diferente do flagrante esperado são os flagrantes preparados ou provocados. De acordo com Fernando Henrique Badaró, o agente policial age para que o ilícito ocorra, incentivando ou instigando a prática, justamente para poder prendê-lo, em resumo, o ato ilícito é o flagrante construído pelo próprio agente (BANDARÓ, 2015). Desta forma, a conduta se torna atípica por ausência de vontade livre e espontânea do infrator e ocorrência de crime impossível, pois a vontade está viciada e o fato típico da atividade é excluído, não caracterizando crime, tampouco o flagrante, conforme a súmula 145 do STF.

Segundo Pacelli (2018), o flagrante delito preparado é rejeitado no ordenamento brasileiro por duas situações: (a) pela hipótese de ter um terceiro interventor que está preparado para interromper a prática da infração delituosa; e (b) devido à preparação poder

ser dos próprios policiais, com a interrupção da prática ou a prevenção dela já esperada, se poderia se tornar em crime impossível, art. 17, Código Penal, pela falta da sua consumação e sua prisão seria ilegal.

Desse passo, ao se preparar um cenário ideal para a atividade criminosa e a esperar às escondidas, a sua iniciação para que possa agir e atuar em flagrante o sujeito, este não teria a real possibilidade de se consumir o crime, visto que sempre seria impedido.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, após Súmula 145 enunciando que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” percebe-se que o flagrante ao ser preparado torna-se inoperante diante no nosso ordenamento jurídico.

Flagrante Forjado

Restou a modalidade do flagrante forjado, que é vedada e repudiada entre os tribunais, no qual agente policial planta provas que incriminam o indivíduo e realiza a prisão em flagrante. Quando o agente policial, ao fazer uma busca em um veículo, põe drogas ou armas dentro dele que não pertencem ao dono do veículo que está passando pela diligência, e ao mesmo tempo em que põe o objeto estranho, apreende-o e dá voz de prisão em flagrante.

Ensina Messa (2014) que o flagrante forjado é aquele em que há a criação de provas de um crime inexistente. Não havendo crime real, sendo ele consumado ou tentado, o flagrante é inoperante e seus responsáveis responderão por crime de abuso de autoridade conforme o art. 9º da Lei 13.869/2019 que aduz em seu caput que “decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: pena - detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa”.

Segundo o art. 5º, LXI da Constituição Federal, ninguém poderá ser preso senão flagrante delito ou no caso de mandado judicial escrito e fundamentado. Na hipótese de ainda assim ocorrer a prisão ilegal fora do flagrante e do mandado, a prisão deverá ser relaxada por ser ilegal e o magistrado que ao percebê-la não a relaxar, incorrerá em abuso de autoridade, de acordo com o art. 9º, parágrafo único, I da Lei 13.869/2019.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 603.601/RO formulou os elementos necessário para adentrar no domicílio nas ocorrências de suspeitas de fragrantas. No indicativo de número 806 do STF, adverte-se:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando aparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

Diante da decisão mencionada acima, nota-se, a existência das fundadas razões para que seja feita a incursão policial na suspeita de flagrante delito, sendo essas semelhantes às fundadas razões obrigatórias para busca e apreensão. A entrada no domicílio alheio encontra-se numa série de precedentes dos Tribunais Superiores, sujeitando-se para sua legalidade e consistência das fundadas razões (justa causa) que alerta a capacidade de alívio do direito fundamental em questão quando resguardada em situações concretas, que indica que dentro do imóvel esteja ocorrendo um crime em situação flagrante delito.

Superior Tribunal de Justiça

Já no âmbito do STJ, as decisões dos ministros vêm chamando atenção, que está evoluindo a tese abordada pelo Supremo Tribunal Federal. O julgado do recente Habeas Corpus 598.051/SP que tem como relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, impetrado em favor de paciente condenado pela conduta de tráfico de drogas, artigo 33 da lei 11.343/2006, foram considerados os seguintes fatos atribuídos ao acusado:

EMENTA 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.

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 5º, XI da Constituição Federal, que menciona a casa como sendo o asilo inviolável do indivíduo, entende que para que esse asilo inviolável seja violado pelo bem comum – já estabelecidos na Carta Constitucional, que é em flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro - é

necessária a existência de fundadas razões para que esse direito seja interrompido. Dessa forma, agentes policiais não podem simplesmente adentrá-la por indícios corriqueiros ou denúncia anônima.

Segundo o STJ, a fundada suspeita precisa ser verificada e concluída com a ocorrência de crime dentro da residência da forma que necessite de uma interrupção imediata. Daí a necessidade da autorização judicial ser a medida cabível e acertada para que haja essa violação legal do domicílio. Mesmo no caso de flagrante delito que expresse urgência na ação policial, na Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por exemplo, no art. 8º há uma autorização para que a atuação policial seja retardada, visando proteger o bem jurídico “casa” e sua inviolabilidade.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, foi observado que a casa – assim como está mencionada no art. 5º, XI da Constituição Federal de 1988 – é o asilo inviolável do indivíduo e deve ser preservado mesmo diante da ocorrência de flagrante delito. Tal dispositivo foi discutido pelos tribunais superiores e reiterada a sua inviolabilidade, contudo, mediante mandado judicial, devidamente motivado, após a verificação dos fatos que lá estiverem ocorrendo, é possível violar esse direito fundamental para o bem da coletividade.

Dessa forma, a fundada suspeita não pode basear uma busca pessoal ou se quer uma entrada no domicílio de outrem forçadamente, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de crime, bem como flagrante delito. A medida usual e acertada é o mandado judicial expedido por juiz competente para que seja feita busca e apreensão do que for demandado.

Entretanto, nas rondas ostensivas das polícias no qual o agente policial pode duvidar de certos comportamentos, mas os tribunais superiores afirmam que a fundada suspeita deve ser motivada, não bastando apenas uma denúncia anônima ou mera desconfiança do policial para que seja iniciada uma investigação e se proceda à busca e apreensão.

Tais medidas colocam a sociedade à mercê da criminalidade, retardando a atuação policial no flagrante do crime e dando espaço para os delitos se prolongarem no tempo e no espaço.

Ademais, os tribunais superiores já decidiram sobre a justa causa que deve ser utilizada para motivar a invasão domiciliar somente no caso em que estiver ocorrendo flagrante delito e já constatado mediante investigação anterior que ateste a veracidade da

(s) infração (ões), pois na hipótese de haver infração penal ocorrendo dentro da casa e sendo ela invadida sem a devida motivação judicial, as provas e prisões ali obtidas serão falsas e ilegais, acolhendo-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, trazendo insegurança à sociedade e impunidade aos infratores da lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

BRASIL. **Lei de Abuso de Autoridade**. Lei nº 13.869, de 5 de Setembro de 2019. Brasília, DF, 5 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração dos Direitos da Virgínia. Williamsburg, NY, 12 de junho de 1776. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 649.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 652

MOSSIN, Antônio, H. **Compêndio de Processo Penal**. Curso Completo. Barueri, São Paulo; Manole, 2010. p. 399.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018. p.549.

Denivan Carvalho EVANGELISTA; Fernando Rizério JAYME. A INVOLABILIDADE EM DOMICÍLIO NA OCORRÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA DE FLAGRANTE DELITO. JNT-Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JULHO/2022. Ed. 38. V. 1. Págs. 57-73. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Página 594.

AGUIAR, Walter de Lacerda. **A fundada suspeita na abordagem policial**. Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia. v. 02, a. 4, 2020. Disponível em: <http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-iv-v2.pdf#page=89>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Provido. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. Lex: disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidence=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280#>

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 13. dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRITO, Alex Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira Lima. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo; GEN Atlas, 2019. p. 222.,