

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

**Inviolabilidade de domicílio e prisão em flagrante em casos de tráfico de drogas à luz da
jurisprudência do STF**

Daniel Michel Sobottka

**Porto Alegre
2016**

DANIEL MICHEL SOBOTTKA

**Inviolabilidade de domicílio e prisão em flagrante em casos de tráfico de drogas à luz da
jurisprudência do STF**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2016

DANIEL MICHEL SOBOTTKA

Inviolabilidade de domicílio e prisão em flagrante em casos de tráfico de drogas à luz da jurisprudência do STF

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 15 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a questão da legalidade da entrada forçada em domicílio, baseada na exceção do flagrante delito, nos casos de tráfico de drogas, em suas modalidades permanentes. Busca-se identificar qual o tratamento dado à matéria pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como responder como se pode identificar a presença, ou não, de fundadas razões para a medida de entrada forçada em domicílio e, por fim, qual a melhor forma de se lidar com algumas das situações encontradas na prática jurídica. Para tanto, inicia-se com uma apresentação do histórico do tema na legislação pertinente ao Estado brasileiro, passando em seguida a uma análise da situação atual, abordando seus conceitos mais relevantes. Em seguida, é apresentada a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, com discussão acerca dos principais elementos do julgamento. Para auxiliar na compreensão dos conceitos mencionados na decisão, são apresentadas teorias acerca do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação. O último capítulo se inicia com a apresentação de levantamento quantitativo das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca da matéria debatida. Por fim, apresenta-se argumentação, baseada no quadro teórico anteriormente colocado, buscando definir a melhor solução jurídica para algumas situações comuns da prática forense.

Palavras-chave: Direito penal. Inviolabilidade domiciliar. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Proporcionalidade. Ponderação. Recurso Extraordinário nº 603.616/RO.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the issue of the legality of the forced entry on residences, based on the exception of the *flagrante delicto*, in cases of drug trafficking, in its permanent modalities. We aim to identify the treatment given to the matter by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, as well as to answer how one can identify the presence or not of well-founded reasons for the measure of forcible home entry and, finally, which would be the best way to deal with some of the situations found in legal practice. To do so, we begin with a historical presentation of the issue in the legislation pertinent to the Brazilian State, passing next to an analysis of the current situation, addressing its most relevant concepts. Next, the decision of the Federal Supreme Court in the Extraordinary Appeal n° 603.616/RO is presented, with a discussion of its main elements. To assist in understanding the concepts mentioned in the decision, theories about the principle of proportionality and the weighting technique are presented. The last chapter begins with the presentation of a quantitative survey of the decisions of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul on the subject discussed. Finally, we present an argument, based on the theoretical framework previously asserted, seeking to define the best legal solution for some common situations on judicial practice.

Key-words: Criminal law. Domestic inviolability. Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul. Proportionality. Weighting technique. Extraordinary Appeal n° 603.616/RO.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
HC	<i>Habeas Corpus</i>
RE	Recurso Extraordinário
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Motivos para considerar a diligência legal.....	41
Gráfico 2	Demais motivos apresentados quando a apreensão é usada como justificativa...43	
Gráfico 3	Motivos para considerar a diligência ilegal.....	44

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A PROTEÇÃO AO DOMICÍLIO.....	9
2.1 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO AO DOMICÍLIO.....	9
2.1.1 Na legislação brasileira.....	9
2.1.2 No plano internacional.....	11
2.2 A SITUAÇÃO ATUAL.....	13
2.2.1 No plano internacional.....	13
2.2.2 No direito nacional.....	14
2.2.3 O conceito de “casa/domicílio”.....	15
2.2.4 Os sujeitos do direito à inviolabilidade.....	17
2.2.5 Direitos correlatos.....	18
2.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
2.3.1 As cláusulas pétreas.....	19
2.3.2 O núcleo essencial das garantias constitucionais.....	20
2.4 A EXCEÇÃO DO FLAGRANTE DELITO.....	22
3 PROPORCIONALIDADE, PONDERAÇÃO E A POSIÇÃO DO STF: ELEMENTOS TEÓRICOS.....	24
3.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616.....	24
3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	27
3.2.1 Fundamentos.....	27
3.2.2 Elementos.....	28
3.2.3 Os três níveis de teste para a proporcionalidade de uma medida.....	30
3.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.....	31
3.3.1 A diferenciação entre regras e princípios.....	34
3.3.2 Inviolabilidade domiciliar – regra ou princípio?.....	36
3.3.3 Proteção da intimidade <i>versus</i> segurança pública: ponderação de interesses.....	37
4 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NA PRÁTICA.....	39
4.1 LEVANTAMENTO DAS DECISÕES DO TJRS.....	39
4.1.1 Metodologia de coleta dos dados.....	39
4.1.2 Resultados.....	40
4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO EM SITUAÇÕES MODELO.....	46
4.2.1 Denúncia anônima.....	46
4.2.2 Denúncia identificada.....	51
4.2.3 Fuga anterior.....	53

4.2.4 Observação do local pela força policial.....	56
5 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo a questão da inviolabilidade domiciliar e a exceção dos casos de flagrante delito, com enfoque no debate relacionado ao tráfico de drogas, em suas modalidades permanentes. A temática foi objeto de recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 603.616, na qual, em breve síntese, decidiu-se que a entrada forçada em domicílio nos casos de suspeita de tráfico de drogas será considerada legal quando existentes fundadas razões para a medida, não se aceitando a justificação por conta do resultado posteriormente alcançado.

Diante da decisão prolatada pelo Supremo, o presente trabalho busca responder às seguintes questões: como identificar quando estão presentes as fundadas razões para a medida de entrada forçada em domicílio? Nas situações mais comumente encontradas no dia a dia da prática jurídica, qual o melhor tratamento a ser dado? E atualmente, de que maneira essas questões estão sendo tratadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)?

Tais questões se mostram pertinentes não apenas por conta da atualidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, já citada acima, mas também por conta da grande importância que o delito de tráfico de drogas tem em relação à totalidade de delitos cometidos no país. Em 2012, 25,3% dos presos no país se encontravam encarcerados por conta de delitos envolvendo entorpecentes¹. Diante desse cenário, faz-se necessária uma discussão aprofundada acerca dos aspectos envolvidos nas decisões de legalidade ou ilegalidade da entrada forçada em domicílio.

Para realizar tal fim, a presente monografia se inicia com uma passagem histórica pelas regulamentações nas constituições anteriores, bem como pelos tratados e convenções internacionais relevantes ao direito brasileiro, passando então para a situação legislativa atual. No ponto, são debatidos a extensão do conceito de “casa”, os direitos relacionados à inviolabilidade domiciliar, e a proteção dos direitos e garantias individuais no sistema constitucional brasileiro, com enfoque na sistemática de cláusulas pétreas. A última parte do capítulo é dedicada à exceção à inviolabilidade domiciliar nos casos de flagrante delito.

¹BRASIL: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - SECRETARIA GERAL (Org.), **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**, Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude, 2015, p. 37.

O terceiro capítulo do trabalho inicia-se com uma análise da decisão do STF no RE 603.616. É buscada uma definição do conceito de “fundadas razões” no contexto da decisão mencionada, passando-se então à discussão de questões relativas ao princípio da proporcionalidade e, em seguida, à técnica da ponderação.

Com a estrutura teórica do trabalho delineada, é feita, no quarto capítulo, a apresentação de estudo empírico da situação atual do debate acerca da inviolabilidade domiciliar nos casos de tráfico de entorpecentes junto ao TJRS. Levantados os dados do tribunal em relação aos meses de janeiro a junho de 2016, verificamos quais as justificativas mais comumente utilizadas pelas câmaras com competência para a matéria no tribunal para considerar existente e para considerar inexistente a violação ao direito de inviolabilidade domiciliar, bem como verificamos a existência, ou não, de divergências entre as câmaras. Os dados do estudo são apresentados e discutidos, com a identificação das situações mais polêmicas. Por fim, com base nas situações identificadas, passamos a discutir qual o melhor tratamento a ser dado a essas situações, utilizando-se dos conceitos anteriormente apresentados, agora aplicados de forma a auxiliar na solução de questões jurídicas práticas.

2 A PROTEÇÃO AO DOMICÍLIO

Inicia-se o trabalho com a discussão da situação legal da proteção ao domicílio. Serão apresentados os principais desenvolvimentos históricos da questão no direito brasileiro e nas normas internacionais pertinentes, bem como a situação jurídica atual. Busca-se esclarecer alguns conceitos relevantes, como o referente ao termo constitucional “casa”, bem como apresentar o sistema de proteção aos direitos fundamentais, com exposição da tese da necessidade de preservação do núcleo essencial.

2.1 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO AO DOMICÍLIO

2.1.1 Na legislação brasileira

A proteção ao domicílio se faz presente em toda a história legislativa brasileira. A Constituição de 1824 já mencionava a casa como asilo inviolável do cidadão, trazendo como exceções, durante a noite, somente quando houvesse consentimento ou para defesa de incêndio ou inundação e, durante o dia, “nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”².

Tal proteção era dirigida somente ao cidadão, assim entendida a pessoa nacional, seja ela titular dos direitos políticos ou não. Não se incluíam entre os protegidos os estrangeiros e seus domicílios. Ademais, ficou a cargo do legislador ordinário determinar as hipóteses de entrada durante o período diurno, podendo “aumentá-las ou diminuí-las a seu talante”³.

A Constituição de 1891 traz redação com duas importantes modificações. A primeira delas é que o texto passa a prever também a possibilidade de entrada no domicílio alheio à noite “para acudir a vítimas de crimes”⁴. Há aqui uma expansão das permissões de entrada em residência, sendo agora permitida a entrada para socorrer terceiro quando este for vítima

²“Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.” BRASIL, **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824, art. 179, inciso VII.

³BERTOLO, Rubens Geraldi, **Inviolabilidade do domicílio**, São Paulo: Editora Método, 2003, p. 78.

⁴“A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador,

de delito. Trata-se da primeira menção ao tema objeto de estudo do presente trabalho – ainda que não na mesma forma em que atualmente colocado na legislação, como se verá adiante.

A outra modificação é a alteração no sujeito do direito. Não é mais apenas o cidadão que tem direito à proteção domiciliar, mas o indivíduo, aí incluso o estrangeiro⁵. A redação do texto constitucional foi mantida na Constituição de 1934⁶.

Em 1937, é publicada nova Constituição, a qual prevê a inviolabilidade do domicílio, indicando, contudo, que exceções poderão ser expressas em lei⁷. O texto apresenta um retrocesso em termos de garantias, pois não faz distinção entre o período diurno e o período noturno. Ademais, a utilização de mera remissão a legislação infraconstitucional, deixando a cargo do legislador a responsabilidade pela delimitação da extensão do direito, pode “esvaziar por completo o significado dos direitos individuais”⁸. Ainda, a garantia de inviolabilidade foi suprimida pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou o estado de guerra no país.

Com o fim do Estado Novo, é promulgada nova carta constitucional em 1946, a qual volta a utilizar a redação dos textos de 1891 e 1934 no que tange à proteção ao domicílio⁹. A Constituição de 1967 altera o texto, suprimindo a expressão “para acudir a vítimas de crimes” e colocando em seu lugar a expressão “a não ser em caso de crime”¹⁰. Fregadolli ressalta que, com a mudança, houve uma ampliação dos casos de entrada à noite, pois já não se faz necessária a existência de vítimas a serem acudidas, mas tão somente a

senão para acudir a vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.” BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891, art. 72, § 11.

⁵BERTOLO, **Inviolabilidade do domicílio**, p. 81.

⁶“A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.” BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934, art. 113, item 16.

⁷“A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.” BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937, art. 122, item 6.

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 202.

⁹“A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.” BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946, art. 141, § 15.

¹⁰“A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967, art. 150, § 10.

ocorrência do delito¹¹. O foco, portanto, deixa de ser a vítima e sua necessidade de socorro, passando a ser a existência do delito em si, e a possibilidade de parar o ato delitivo enquanto ainda ocorrendo e/ou aumentar as chances de identificação e punição daquele que o comete.

Por fim, apesar das inúmeras alterações em outros aspectos, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não alterou o texto constitucional referente ao domicílio – que passou a estar disposto no art. 153, § 10¹². Quanto à atual Constituição, esta será objeto de análise em separado.

Do histórico apresentado, podem ser extraídas algumas conclusões. A primeira delas é que a proteção ao domicílio faz parte de toda a história constitucional brasileira. Embora nem sempre o nível de proteção tenha se mantido constante – até por conta do caráter específico de certos períodos da história brasileira, como bem lembraram Mendes e Branco¹³ –, houve sempre algum grau de preocupação com a proteção do espaço físico privado de cada indivíduo. A proteção ao domicílio é, portanto, norma que sempre esteve presente em nosso direito nacional, o que denota a importância dada a ela por nossos constituintes.

Pode-se perceber também que há, de forma relativamente constante, uma preocupação em proteger de forma mais abrangente o domicílio no período noturno, com diversas versões do texto legal apresentando a diferenciação entre o dia e a noite. Por último – e bastante significativo para o presente trabalho –, denota-se a alteração ocorrida com o passar do tempo em relação ao flagrante delito: enquanto que na primeira carta constitucional sequer havia menção à situação, o texto de 1967 não apenas previa o socorro às vítimas, como também a possibilidade de entrada em situações sem vítimas.

2.1.2 No plano internacional

Além de estar presente em nossa história constitucional, a proteção ao domicílio se faz presente também em documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Nesse sentido, é relevante para o direito brasileiro a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em 1948. Tal documento explicita, em seu artigo IX: “Toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio”.

¹¹FREGADOLLI, Luciana, **O Direito a intimidade e a prova ilícita**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 78.

¹²BRASIL, **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969.

¹³MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 202.

Embora o domicílio apareça no documento como “inviolável”, a declaração também previa uma cláusula geral de limitação dos direitos, explicitada no artigo XXVIII: “Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”. Vê-se, portanto, que a inviolabilidade do domicílio comporta exceções. De especial relevância para o tema do presente trabalho é a limitação “pela segurança de todos”, a qual abre espaço para as delimitações existentes no direito interno relativas ao flagrante delito.

Do mesmo ano, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O documento adotado pela Organização das Nações Unidas prevê a proteção ao domicílio no artigo 12º: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”¹⁴. Também aqui a proteção ao domicílio aparece como direito que sofre restrições, uma vez que a proteção se dá em relação às “intromissões arbitrárias”.

Ainda que as declarações não possuam força normativa, elas possuem grande relevância para o desenvolvimento da proteção ao domicílio no direito brasileiro. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é o primeiro documento internacional assinado pelo Estado brasileiro onde a inviolabilidade do domicílio é reconhecida como direito. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada do mesmo ano, amplia o comprometimento brasileiro com a questão. Por isso, embora possuam “alcance mais ético do que jurídico”, não se pode desconsiderar sua importância histórica¹⁵.

Também Trindade ressalta que as declarações abriram caminho para a adoção de tratados sobre a matéria¹⁶. Destes, destacam-se a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Estado Brasileiro, e que serão analisados no próximo item.

¹⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

¹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82.

¹⁶TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 99, p. 9-18, 1988.

2.2 A SITUAÇÃO ATUAL

2.2.1 No plano internacional

No plano internacional, dois são os tratados que devem ser analisados para se entender a situação atual da proteção ao domicílio no direito brasileiro. A Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, dispõe, em seu artigo 11, que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”¹⁷. O Supremo Tribunal Federal, em discussão sobre o tema, definiu como arbitrária “a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito”¹⁸.

A convenção refere também, em seu artigo 32, que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”¹⁹. Cabe ressaltar que essa limitação pelos direitos dos demais e por sua segurança, a que se refere a convenção, não autoriza, por exigência destes fatores, que se cometam ingerências arbitrárias ou abusivas nos domicílios dos indivíduos. O que o artigo 32 refere é apenas uma complementação da ideia anterior: isto é, pode haver ingerência, mas ela tem que ser razoável e justificada, estando em conformidade com o direito.

O mesmo texto é reproduzido no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, reforçando a importância que a proteção ao domicílio tem no âmbito dos tratados internacionais. Vale lembrar que o STF já decidiu que tais documentos possuem status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro²⁰.

¹⁷ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

¹⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 603.616/RO**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em: 05.11.2015.

¹⁹ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969.

²⁰“A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 88.240/SP**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em: 07.10.2008. Em igual sentido, ver também o HC 94.702 e o HC 90.171.

2.2.2 No direito nacional

Na atual Constituição, a proteção ao domicílio é consagrada no artigo 5º, inciso 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”²¹.

No Código Penal, por sua vez, o domicílio é referido no art. 150, o qual trata do crime de violação de domicílio²². Nucci defende que o conceito de domicílio na legislação penal deve ser entendido de forma ampla, tal como o conceito constitucional²³ - o qual será analisado na sequência do trabalho. Posição semelhante é defendida por Bitencourt²⁴.

De especial interesse para o presente trabalho é o parágrafo 2º do artigo referido, o qual prevê como causa de aumento de pena que o delito seja cometido por funcionário público. Vê-se que existe uma especial preocupação do legislador em proteger o domicílio de ingerências indevidas por parte de funcionários do Estado. O parágrafo 3º, porém, traz a ressalva de que não constitui o crime de violação de domicílio a entrada no domicílio alheio nos casos em que “algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser”. Trata-se de redação diversa da legislação constitucional, mas com o mesmo sentido normativo, de estabelecer a exceção no caso do flagrante delito.

²¹BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

²²“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:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 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.

§ 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.

§ 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, **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de setembro de 1940.

²³NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de processo penal comentado**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 520.

²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto, **Código penal comentado**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499-500.

A proteção ao domicílio é objeto de tutela também no Código de Processo Penal, em especial nos artigos 245, 246, 248, 283, § 2º, e 293²⁵. Tais artigos, contudo, não lidam diretamente com o objeto do presente trabalho, pelo que não serão analisados mais a fundo.

2.2.3 O conceito de “casa/domicílio”

Conforme já mencionado brevemente quando falamos acerca do Código Penal, é de fundamental importância para a questão da inviolabilidade domiciliar definir qual a extensão do termo “casa”²⁶ empregado pelo texto constitucional. A questão já foi objeto de debate no STF em diversas oportunidades. Veja-se a ementa do julgamento da Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.595/DF²⁷:

DECISÃO: [...] Como se sabe, a proteção constitucional ao domicílio emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no art. 5º, XI da Carta Política, que proclama, em norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, 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". A Carta Federal, pois, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto (a) nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional ou (b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto doméstico, como o único titular do respectivo direito de inclusão e de exclusão. **Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de "casa", para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c)**

²⁵BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

²⁶Optamos pela utilização do termo “casa” nesta parte do texto, por ser aquele que se encontra na Constituição. No entanto, o termo pode ser substituído por “domicílio”, que apresenta o mesmo sentido neste contexto.

²⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS nº 23.595/DF MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 17.12.1999.

qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de "casa" revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual, de intimidade pessoal e de privacidade profissional (RT 214/409 - RT 277/576 - RT 467/385 - RT 635/341). É por essa razão que a doutrina - e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 162/4, item n. 1.1, Rel. Min. ILMAR GALVÃO) - ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico, adverte que o princípio da inviolabilidade domiciliar estende-se ao espaço privado em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo V/187, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. I/261, item n. 150, 1989, Forense Universitária; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/82, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/36-37, 1990, Saraiva; CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. III/91, 1948, Freitas Bastos; DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, "Inviolabilidade do Domicílio na Constituição", págs. 70-78, 1993, Malheiros, v.g.). [...] (MS 23595 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/12/1999, - grifo nosso).

Assim, para o STF, “casa” é um conceito que abrange três elementos: o compartimento habitado, o aposento de habitação coletiva que se encontre ocupado – definição na qual se encaixa, por exemplo, o quarto de hotel – e o local onde seja exercida profissão ou atividade, desde que tal local seja um compartimento privado. A mesma posição foi manifestada pelo tribunal no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 82.788/RJ²⁸.

A posição do STF encontra-se de acordo com a defendida por Bulos. O autor destaca que o aspecto fundamental para a definição do ambiente inviolável no sentido constitucional é o “vínculo de particularidade ligando o indivíduo à coisa”²⁹. A casa, para a constituição, é o ambiente particular de cada indivíduo, aquele espaço onde não se espera a

²⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC nº 82.788/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em: 12.04.2005.

²⁹BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 441.

presença de terceiros. Assim, por exemplo, não se pode falar em “casa” no sentido constitucional ao se tratar do espaço aberto ao público de um restaurante, uma vez que ausente o elemento de particularidade – qualquer pessoa pode frequentar o espaço. Por outro lado, o quarto de hotel, quando alguém nele se encontra hospedado, apresenta este vínculo, pelo que está incluído na definição constitucional. Mendes e Branco lembram que “a provisoriedade da permanência no recinto não lhe subtrai a característica de recinto”³⁰.

2.2.4 Os sujeitos do direito à inviolabilidade

A proteção contra a violação do domicílio se estende, no direito brasileiro, a todos aqueles que se encontram no território nacional – conforme já visto anteriormente, a distinção entre nacionais e estrangeiros foi abandonada já em 1891. Assim, toda e qualquer pessoa que se encontre na situação de ocupante legítimo de espaço abarcado pelo conceito de domicílio está sob proteção da norma.

Em relação ao sujeito a quem se dirige a vedação de entrada sem autorização no domicílio alheio, Mendes e Branco afirmam que o direito tem eficácia horizontal, repelindo tanto a ação estatal³¹ quanto a de outros particulares³². Em igual sentido, Nery e Nery Júnior, citando as posições de Grotti³³ e Bastos e Martins³⁴, colocam que “a proibição de violação do domicílio dirige-se às autoridades públicas e também aos particulares”³⁵. Esta posição é bem semelhante à de Silva, para quem o comando constitucional se dirige em primeiro lugar contra as autoridades, sem, contudo, significar que não esteja também direcionado aos particulares. Ressalta o autor, ainda, que “o crime de violação do domicílio tem por objeto tornar eficaz a regra da inviolabilidade do domicílio”³⁶.

³⁰MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 290.

³¹Em relação à ação estatal, Canotilho lembra que também o Poder Judiciário, como órgão do poder público, está vinculado pelos direitos fundamentais – aí incluído o da inviolabilidade domiciliar. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 438.

³²MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 291.

³³GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, **A inviolabilidade do domicílio na Constituição**, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 85.

³⁴BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69.

³⁵NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Constituição federal comentada e legislação constitucional**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

³⁶SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 440.

Em sentido oposto, Nery e Nery Júnior apresentam a posição de Pontes de Miranda³⁷, o qual defende que a proibição está direcionada tão somente ao Estado³⁸. Reconhecemos a posição aqui apresentada, mas entendemos que é mais adequado o entendimento de que tal proibição se dirige tanto ao Estado quanto aos particulares.

2.2.5 Direitos correlatos

Outro aspecto fundamental a ser considerado é ao que o direito de inviolabilidade do domicílio está ligado. Nesse sentido, Mendes e Branco ressaltam que o constituinte buscou “preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, a sua personalidade”³⁹.

Em sentido semelhante, Fregadolli destaca a ligação da inviolabilidade domiciliar com o direito à intimidade. Para ela, a regra de inviolabilidade do domicílio é um desdobramento daquele direito. E a intimidade, por sua vez, “faz parte dos direitos da personalidade”, estando “ligado à essência do indivíduo”⁴⁰. Posição muito semelhante é defendida por Grinover, para quem a intimidade “integra indubitavelmente os direitos da personalidade”⁴¹, e por Cifuentes, que resalta que a intimidade, sendo direito de personalidade, é um direito inato à pessoa humana⁴².

Por fim, também defendendo a aproximação da proteção domiciliar com a intimidade, Silva vai comentar que, através do artigo 5º, inciso XI, a Constituição “está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”⁴³. O mesmo autor retira, porém, a propriedade dos objetos de tutela, colocando que “o objeto de tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privativa e íntima é aspecto saliente”⁴⁴. Entendemos por fundamental o posicionamento de que a inviolabilidade domiciliar se liga aos direitos de

³⁷MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

³⁸NERY JÚNIOR; NERY, **Constituição federal comentada e legislação constitucional**, p. 220.

³⁹MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 289.

⁴⁰FREGADOLLI, **O Direito a intimidade e a prova ilícita**, p. 40.

⁴¹GRINOVER, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**, p. 86.

⁴²CIFUENTES, Santos, **El derecho a la vida privada: tutela a la intimidad**, 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 23.

⁴³SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 209.

⁴⁴SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 440.

personalidade, e não somente aos direitos de propriedade. A discussão quanto à manutenção do direito de inviolabilidade domiciliar como direito correlato aos direitos de propriedade, ou não, desde que essa hipótese seja considerada como adicional ao reconhecimento da mesma como direito correlato aos direitos de personalidade, não se mostra decisiva para os problemas apresentados no trabalho.

2.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos pontos anteriores, vimos que a inviolabilidade domiciliar é direito fundamental previsto em nossa ordem constitucional, bem como os direitos correlatos. Como direito fundamental, a inviolabilidade domiciliar está incluída na proteção constitucional através do sistema de cláusulas pétreas. Nos próximos pontos, será explorada a estrutura das cláusulas pétreas na ordem jurídica nacional e a noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, elementos integrantes do sistema de proteção aos direitos fundamentais.

2.3.1 As cláusulas pétreas

A definição de cláusulas pétreas no sistema constitucional brasileiro é um dos pontos de maior importância na defesa dos direitos fundamentais. Faz-se necessário, contudo, esclarecer alguns pontos acerca de sua função, em especial quanto ao âmbito de proteção da cláusula de imutabilidade – isto é, qual o alcance desta imutabilidade e quais as circunstâncias nas quais é possível realizar-se alteração em norma de direito fundamental.

Nesse sentido, Mendes e Branco defendem que “o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”⁴⁵. Tal limitação pretende evitar a erosão de um projeto duradouro face ao calor do momento político.

Mendes e Branco ressaltam, contudo, que a finalidade da cláusula pétrea não é preservar a redação do artigo constitucional, e sim evitar “a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição”⁴⁶. No mesmo sentido é a posição de Canotilho, que aponta que a existência de cláusulas pétreas “não significa, conseqüentemente, que esteja

⁴⁵MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 123.

⁴⁶MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 123.

vedada toda e qualquer folga regulativa ao poder de revisão”⁴⁷. O autor lembra também que tal posição é largamente defendida por outros autores⁴⁸.

Embora não impeçam a alteração do texto constitucional, as cláusulas pétreas o dificultam, pois alteram o ônus de prova na revisão constitucional. Assim, quando proposta alteração na redação de norma que se encontra sob esta proteção, cabe ao proponente da alteração demonstrar que esta não resultará em dano aos princípios ou ao núcleo essencial do bem protegido⁴⁹.

Tem-se, portanto, que as cláusulas pétreas não apresentam uma completa imutabilidade, sendo permitido ao legislador um certo campo de atuação, especialmente no caso de alterações meramente redacionais. Tais alterações, contudo, segundo posição defendida por Canotilho e Mendes e Branco, não podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais. A partir desta constatação, passamos ao ponto seguinte, que é a definição do que seria o núcleo essencial das garantias constitucionais.

2.3.2 O núcleo essencial das garantias constitucionais

Mendes e Branco afirmam que a ideia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais surge a partir do direito alemão. Conforme os autores, na Alemanha do início do século XX, a proteção aos direitos fundamentais se dava meramente através de reservas legais. Sua alteração era permitida ao legislativo, desde que cumpridos os requisitos formais. Como efeito disto, era possível que ocorresse um apagamento de direitos fundamentais através da ação legislativa, poder praticamente ilimitado⁵⁰.

Em razão dos processos históricos pelos quais passou aquela nação, em especial o período da ditadura nazista, escancarou-se a necessidade de uma maior proteção aos direitos fundamentais. Essa necessidade orientou a redação da Lei Fundamental de 1949, a qual consagrou a proteção do núcleo essencial⁵¹. Da mesma forma, a proteção do núcleo essencial

⁴⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Estudos sobre direitos fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 141.

⁴⁸Canotilho cita, de forma exemplificativa, os seguintes autores: Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**, II, p. 198; e Miguel Brito, **A Constituição Constituinte**, p. 428 e ss.

⁴⁹CANOTILHO, **Estudos sobre direitos fundamentais**, p. 143.

⁵⁰MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 211.

⁵¹MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 211–212.

dos direitos fundamentais aparece expressa na constituição portuguesa de 1976⁵² e na constituição espanhola de 1978⁵³.

Diversamente dos países acima mencionados, não há, no Brasil, previsão expressa à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. No entanto, pode-se extrair semelhante proibição de alteração a partir da disposição sobre cláusulas pétreas, já vista no ponto anterior. Exemplo disto pode ser visto na decisão do STF quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.024, cuja ementa está parcialmente transcrita na sequência. No caso, o requerente alegou que determinada norma violava a forma federativa do Estado, que é, por sua vez, cláusula pétrea:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; **de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.** 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o

⁵²“As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa**, de 02 de abril de 1976, art. 18º, inciso III.

⁵³“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).” ESPANHA, **Constitución Española**, de 29 de dezembro de 1978, art. 53, n. 1.

preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. [...] (ADI 2024/DF, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03.05.2007 – grifo nosso)⁵⁴.

Em relação à definição do núcleo essencial, Novelli afirma que seria aquilo que, nos direitos fundamentais e nos princípios estruturais do ordenamento jurídico, “constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes”⁵⁵.

Como visto, portanto, já há posição de nosso tribunal máximo garantindo a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Na questão da inviolabilidade domiciliar, isto significa garantir que o domicílio não será perturbado por terceiros ou pelo Estado de forma arbitrária. Existem, contudo, situações nas quais a inviolabilidade é excepcionada pela própria ordem constitucional. É o caso da exceção do flagrante delito, que será vista no próximo ponto.

2.4 A EXCEÇÃO DO FLAGRANTE DELITO

Conforme já mencionado previamente, a legislação brasileira – tanto constitucional quanto infraconstitucional – prevê, entre as exceções à inviolabilidade domiciliar, a situação de flagrante delito. Oliveira afirma que tal exceção tem por fundamento a proteção aos bens jurídicos protegidos pelo sistema jurídico. Tal proteção independe da vontade do proprietário ou morador da residência – a entrada pode ocorrer ainda que seja ele mesmo a lesionar o bem jurídico, ou que esteja de acordo com a lesão⁵⁶.

O flagrante delito é aquele delito que é observado no momento exato de sua ocorrência⁵⁷. Lopes Junior coloca que o flagrante é caracterizado pela visibilidade do delito⁵⁸. Nesse sentido, o autor cita Carnelutti, o qual menciona que a noção de flagrância se relaciona com “la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que

⁵⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2024. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 03.05.2007.

⁵⁵NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional e Inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, v. 199, Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 21-57.

⁵⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 372.

⁵⁷NUCCI, *Código de processo penal comentado*, p. 594.

⁵⁸LOPES JUNIOR, Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

alguna cosa arde”⁵⁹. O flagrante denota a coisa percebida, visualizada, no momento em que ocorre⁶⁰. Morales também defende esta posição, afirmando que “para que exista flagrancia es necesaria, pues, una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva”⁶¹.

Essa possibilidade de certeza visual do delito, apontada pelos autores, é de extrema importância para se compreender as disposições relacionadas ao flagrante – incluindo, aí, aquelas pertinentes ao presente trabalho. É por conta da certeza que surge com a visibilidade do delito que o flagrante delito possui status particular, permitindo uma série de medidas para deter o autor ou parar a execução do delito⁶², como, por exemplo, a entrada no domicílio sem mandado judicial.

Dentro das situações de flagrante delito, há de se destacar a situação dos delitos permanentes. São assim considerados aqueles delitos “em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor por tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo”⁶³. Uma vez que o delito se protraí no tempo, também o estado de flagrância se dilata, sendo mantido durante todo o período da prática delitiva.

Para Tórres, os casos de delito permanente não deveriam ser considerados como situações de aplicabilidade da exceção à inviolabilidade domiciliar por flagrante delito, uma vez que “nem se evita sua consumação, nem se impede maiores consequências, e, sobretudo, arrisca-se sequer determinar a autoria interesse maior nesses casos”⁶⁴. Embora tal posição nos pareça adequada em boa parte dos casos, entendemos que não pode ser aplicada a todas as situações de delito permanente, uma vez que, em algumas delas, a ação imediata é requerida. Por depender de discussão mais detalhada acerca das diferentes situações, o posicionamento de Tórres será retomado e melhor debatido na análise das situações modelo, ao final do trabalho.

⁵⁹CARNELUTTI, Francesco, **Lecciones sobre el Proceso Penal**, Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 77; apud LOPES JUNIOR, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**.

⁶⁰CORDERO, Franco, **Procedimiento penal**, Bogotá: Temis, 2000, p. 510; apud LOPES JUNIOR, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**.

⁶¹MORALES, Ricardo Martín, Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (a propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996), in **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 1, Granada: Universidad de Granada, 1999.

⁶²LOPES JUNIOR, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**.

⁶³ROXIN, Claus, **Derecho Penal – Parte General**, Madrid: Civitas, 1997, p. 112; apud LOPES JUNIOR, **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 85.

⁶⁴TÓRRES, Ana Maria Campos, **A busca e apreensão e o devido processo**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 152/153.

3 PROPORCIONALIDADE, PONDERAÇÃO E A POSIÇÃO DO STF: ELEMENTOS TEÓRICOS

Iniciamos o terceiro capítulo do trabalho com a apresentação da discussão realizada no STF quando do julgamento do RE 603.616/RO, no qual foi admitida a repercussão geral. Em seguida, passamos a apresentar posicionamentos teóricos acerca do conteúdo do princípio da proporcionalidade, bem como sobre a técnica da ponderação. Estes elementos serão fundamentais para o desenvolvimento da argumentação na parte final do trabalho, pois delimitarão o marco teórico da discussão.

3.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616

A questão da entrada forçada em domicílio nos casos de delitos permanentes foi objeto de discussão por parte do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO. O recurso em questão buscava impugnar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que manteve a condenação do recorrente pelo delito de tráfico de drogas. O recorrente alegou violação aos princípios insculpidos no art. 5º, incisos LVI, XI e LV da Constituição Federal⁶⁵. Foi admitida a repercussão geral da alegação de violação aos incisos LVI e XI do artigo 5º da Constituição. O acórdão foi assim ementado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que

⁶⁵Art. 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 determinação judicial;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, artigo 5º, *caput* e incisos XI, LV e LVI.

a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação 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, 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)⁶⁶.

O relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, iniciou seu voto apontando o tratamento dado à matéria em outros países, bem como fazendo um histórico da legislação constitucional brasileira sobre o tema. Em seguida, faz um resumo do posicionamento atual dos tribunais superiores em relação à matéria:

Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Nesse intervalo, o crime está em curso. Assim, se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio⁶⁷.

⁶⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 603.616/RO**.

⁶⁷MENDES, Gilmar Ferreira, **RE 603.616/RO** (voto do relator). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 18.

Essa interpretação, contudo, seria insatisfatória, uma vez que não se pode exigir certeza do sucesso da medida – isto é, não é possível, ao policial, saber, com certeza, que está ocorrendo flagrante delito no local em que decide entrar. O entendimento atual sobre a questão gera uma série de problemas. Se o policial localizar a droga, caracterizando o flagrante delito, terá cumprido corretamente com sua função. Se não for localizada droga, contudo, a situação poderá ser enquadrada no crime de violação de domicílio⁶⁸.

Em razão do exposto, Mendes defende que seria necessária uma nova compreensão sobre a matéria. A legalidade ou ilegalidade da diligência não mais deveria ser verificada com base no resultado, e sim com base em informações preexistentes à decisão⁶⁹. Assim, a solução apontada é o controle judicial posterior ao ato⁷⁰. Esse controle deve ser posterior, mas voltado a verificar a existência de fundadas razões⁷¹ no momento anterior à decisão, a fim de determinar a legalidade, ou não, da entrada forçada em domicílio⁷².

A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, define que o poder judiciário deverá efetuar o controle das ações policiais nos casos de entrada forçada em domicílio, verificando a existência, ou não, de fundadas razões para a medida. A questão que se impõe, diante do decidido, é: de que maneira é possível definir “fundadas razões”? A decisão supramencionada não procura definir de maneira completa o ponto, limitando-se a asseverar que haverá “espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos”⁷³.

Nossa proposta, no presente trabalho, é tentar trazer subsídios para o debate, de maneira a auxiliar na definição do conteúdo exigível em relação ao conceito de “fundadas razões”. Durante a investigação policial – momento da entrada forçada em domicílio –, os elementos existentes serão, sempre, indícios da ocorrência do delito e de sua autoria. Entendemos que se pode falar na existência de fundadas razões, portanto, quando os indícios

⁶⁸MENDES, Gilmar Ferreira, **RE 603.616/RO** (voto do relator), p. 19.

⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira, **RE 603.616/RO** (voto do relator), p. 19.

⁷⁰O controle judicial aqui é posterior, pois a situação demandaria urgência. Nas situações não urgentes, o controle judicial é anterior, mediante decisão de expedição, ou não, de autorização para busca e apreensão domiciliar. Mendes entende que os casos de flagrante delito sempre demandam urgência. Não compartilhamos desta posição, pois entendemos que a urgência, nos casos de flagrante de tráfico de drogas, depende da possibilidade, em grau razoável, de frustração da persecução criminal pela demora, nem sempre presente. Esta questão será aprofundada na discussão das situações modelo, ao final do trabalho.

⁷¹Mendes utiliza, por vezes, o termo “justa causa” como equivalente para “fundadas razões”.

⁷²MENDES, Gilmar Ferreira, **RE 603.616/RO** (voto do relator). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 26.

⁷³MENDES, Gilmar Ferreira, **RE 603.616/RO** (voto do relator), p. 24-25.

existentes sejam suficientes para que se entenda razoável a suspeita de ocorrência do delito. Essa suspeita razoável precisa, ainda, estar acima de um determinado grau – grau esse que serve como uma espécie de barreira de proteção à intimidade.

Havendo superação deste grau de suspeita razoável, haveria justificativa para priorizar a segurança pública em relação ao direito individual à intimidade. A definição do grau de suspeita necessário pode ser realizada através do uso do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação. Estes elementos serão objeto das próximas partes deste trabalho.

3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.2.1 Fundamentos

O princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa na legislação brasileira. Em razão disso, surgem diversas teorias que buscam explicar qual seria o seu fundamento legal. Mendes e Branco referem que o princípio começou a ser mencionado pelo STF como “elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais”⁷⁴. Seria a proporcionalidade, assim, uma diretriz a ser extraída a partir dos demais direitos fundamentais, não possuindo existência autônoma.

Posição semelhante é apresentada por Alexy. Mencionando posição já expressa pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o autor afirma que o princípio⁷⁵ da proporcionalidade é decorrência da própria essência dos direitos fundamentais, sendo dedutível a partir desta⁷⁶.

Mendes e Branco, contudo, divergem da posição de Alexy, pois para eles tal visão não é a mais atual. Segundo afirmam, hoje se entende que o princípio da proporcionalidade

⁷⁴MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 221.

⁷⁵Cabe ressaltar que Alexy trata a proporcionalidade como “Grundsatz”, termo traduzido por Virgílio Afonso da Silva como “máxima” da proporcionalidade. Não se ignora que, para Alexy, a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio. No entanto, tal discussão foge ao objeto do presente trabalho, pelo que se optou por seguir a nomenclatura utilizada por Mendes e Branco.

⁷⁶ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 117.

está ligado à acepção substantiva do princípio do devido processo legal⁷⁷. Tal interpretação acabaria por dar ao princípio da proporcionalidade um status de maior importância no direito brasileiro, uma vez que “aponta uma compreensão do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito”⁷⁸.

O presente trabalho não pretende resolver a discussão acerca do ponto, suficientemente extensa para que se produza outra monografia apenas sobre a questão, razão pela qual apenas se apresenta as duas posições acima expostas. De todo modo, não são elas essencialmente antagônicas entre si. Nesse sentido, veja-se a manifestação de Alexy, ao encerramento de sua defesa do princípio da proporcionalidade como decorrente da essência dos direitos fundamentais:

A dedução acima exposta é uma fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio. Ela pode ser chamada de “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”. Outras fundamentações, como aquelas que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça, não são por ela excluídas⁷⁹.

Assim, embora se reconheça a importância do debate acerca do fundamento do princípio da proporcionalidade, entendemos que, para os efeitos do presente trabalho, não se faz necessário adotar posicionamento em favor de uma ou outra das teorias aqui apresentadas.

3.2.2 Elementos

A violação ao princípio da proporcionalidade, por vezes também definido como princípio da proibição de excesso, “se revela através de contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”. Assim, para que se identifique a proporcionalidade de uma medida, deve-se verificar a adequação e a necessidade da mesma⁸⁰.

⁷⁷MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 223.

⁷⁸MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 224.

⁷⁹ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 120.

⁸⁰MENDES; BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 225.

A ausência destes elementos configura o arbítrio⁸¹. Além disso, Alexy vai destacar como parte do princípio da proporcionalidade também a proporcionalidade em sentido estrito a qual, para o autor, é o mandamento do sopesamento propriamente dito⁸².

A adequação diz respeito à capacidade de se atingir o fim desejado através da medida em questão. É “a idoneidade da medida para produzir o resultado visado”⁸³. Assim, se o meio escolhido não for apto a produzir como resultado o objetivo desejado, aquele não é adequado. É possível fazer a distinção entre graus de adequação – como faz, por exemplo, a Corte Constitucional alemã⁸⁴. Visão semelhante é apresentada por Bonavides que, explicando as ideias de Müller⁸⁵, afirma que a violação ao princípio da proporcionalidade ocorreria quando “os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados”⁸⁶.

A necessidade, por sua vez, diz respeito à inexistência de meio menos danoso para o indivíduo e que seria igualmente eficaz para a obtenção do resultado pretendido. Ela impõe que se verifique sempre se há, ou não, medida menos gravosa que seja apta a atingir os fins desejados⁸⁷. Havendo outra medida A que seja adequada e, ao mesmo tempo, menos gravosa, então não pode a medida B ser considerada como necessária⁸⁸. A necessidade “funciona como filtro para se chegar à medida mais suave, dentre diversas possíveis”⁸⁹.

Como a equação da adequação e necessidade nem sempre permite uma comparação direta – um meio pode ser mais eficaz que outro na consecução do fim pretendido, mas ser ao mesmo tempo mais gravoso ao indivíduo –, faz-se necessário um juízo de proporcionalidade em sentido mais estrito. É nesse terceiro elemento que se faz presente o uso da técnica da ponderação “para se estabelecer o que deve preponderar para a solução do caso concreto. Deve-se comparar a relevância da realização do fim e o grau de intensidade da

⁸¹MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 207.

⁸²ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 117.

⁸³BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

⁸⁴MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 226.

⁸⁵MÜLLER, Pierre, Le principe de la proportionnalité, **Zeitschrift für schweizerisches Recht**, vol. 97, fasc. 3, Basel: 1978, p. 531

⁸⁶BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 406.

⁸⁷BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 282.

⁸⁸MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 226/227.

⁸⁹ESSADO, Tiago Cintra, **O princípio da proporcionalidade no direito penal: de acordo com as Leis n.ºs 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007**, São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 64.

restrição aos direitos fundamentais” de cada uma das opções disponíveis, a fim de encontrar aquela que melhor harmoniza com o sistema jurídico⁹⁰.

Barroso ressalta, ainda, que é através desse terceiro elemento que se pode constatar se a medida é legítima⁹¹.

3.2.3 Os três níveis de teste para a proporcionalidade de uma medida

Conforme visto no item anterior, uma medida somente pode ser considerada proporcional quando for adequada, necessária e estiver de acordo com a proporcionalidade em sentido estrito. Tal afirmação, contudo, não esclarece por inteiro a questão, pois adequação e necessidade são gradativas. Assim, nem sempre é possível afirmar que uma medida é ou não adequada – o mesmo se aplicando para a necessidade. Ademais, é preciso que haja um certo grau de liberdade para as escolhas, sejam do legislador ou do administrador, a fim de se evitar que o judiciário, sob o manto do controle de proporcionalidade, acabe por tomar todas as decisões.

Tal preocupação já foi objeto de discussão no sistema jurídico dos Estados Unidos, dando origem aos três testes de proporcionalidade. Barroso, explicando o sistema, afirma que, naquele país, “é comum a realização de testes de constitucionalidade dos atos do Poder Público nos quais juízes e tribunais levam em conta os mesmos elementos aqui considerados: adequação, necessidade e proporcionalidade. Tais testes são identificados como sendo de: a) mera racionalidade; b) aferição severa; c) nível intermediário”⁹².

O primeiro dos testes, de mera racionalidade, é utilizado quando a discussão judicial não envolve direitos fundamentais. Nesse caso, basta a demonstração de que o meio escolhido é minimamente adequado, e que o fim buscado é legítimo. Barroso menciona, como exemplo, que tal teste é utilizado na impugnação de normas de caráter econômico⁹³.

⁹⁰ESSADO, Tiago Cintra, **O princípio da proporcionalidade no direito penal: de acordo com as Leis n.ºs 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007**, p. 65.

⁹¹BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 282.

⁹²BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 282.

⁹³BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 283.

O teste mais rígido dos três é o teste de aferição severa. É o teste utilizado quando a discussão envolve temas extremamente sensíveis, como a liberdade religiosa ou o direito à privacidade. Nele, é preciso demonstrar que o meio é realmente necessário – isto é, que inexista alternativa menos gravosa –, assim como que o fim buscado é imperioso. Além disso, a inconstitucionalidade da medida nesses casos é presumida, cabendo ao poder público demonstrar que a conduta é válida⁹⁴.

Já o teste de nível intermediário encontra-se entre os dois anteriormente expostos. Aqui, o meio escolhido deve ter “uma relação substantiva com o fim – isto é, um meio-termo entre meramente racional e indispensável”. Quanto ao fim, deve ser demonstrado que ele seja importante – igualmente um meio-termo entre legítimo e imperioso⁹⁵.

Feita essa exposição acerca dos três testes de proporcionalidade, podemos agora transportá-los para a temática do presente trabalho. O problema que nos é apresentado é a verificação da existência, ou não, de justa causa para a medida de entrada forçada em domicílio. Ou seja, trata-se de situação onde se busca verificar a proporcionalidade de medida que atinge o direito de inviolabilidade domiciliar. Tal direito, como já visto anteriormente, está ligado ao direito de privacidade do indivíduo. Seguindo a linha adotada pelos tribunais estado-unidenses, portanto, trata-se de situação na qual deve ser utilizado o teste de aferição severa.

Dessa constatação decorre que a medida de entrada forçada em domicílio somente pode ser considerada proporcional quando o fim a se atingir com tal entrada for imperioso e o meio for realmente necessário, não havendo outra possibilidade de se atingir o fim. Outra consequência da adoção deste padrão é que a medida será sempre, por padrão, considerada como inconstitucional, cabendo ao seu executor comprovar a legalidade do ato.

3.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Conforme exposição anterior, para a verificação da constitucionalidade de uma medida que atinja direito fundamental é necessário realizar um teste de proporcionalidade, o

⁹⁴BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 283.

⁹⁵BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 283.

qual faz uso da técnica da ponderação⁹⁶. No presente ponto, portanto, pretende-se elucidar em que consiste a técnica da ponderação, bem como analisar de que forma ela deve ser utilizada para contribuir para solução do problema apresentado para este trabalho.

Barroso coloca que a técnica da ponderação deve ser utilizada quando a subsunção não se mostrar suficiente para a solução do conflito. Essa insuficiência, por sua vez, decorreria da existência de normas de mesma hierarquia apontando para soluções diversas⁹⁷. Posição semelhante é defendida por Alexy, que ressalta, contudo, que, nos casos de conflitos entre regras, a solução será sempre através da declaração de validade ou invalidade da norma, ficando a ponderação restrita aos casos de colisão entre princípios⁹⁸.

Em relação ao conteúdo da ponderação, Alexy coloca que ele pode ser explicado através de uma regra com o seguinte conteúdo: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁹⁹. Tal formulação, apesar da aparente simplicidade, aponta a necessidade de um julgamento de alta complexidade. Para realização deste julgamento, devem ser observados três passos fundamentais.

No primeiro deles, é necessário comprovar “o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio”. No segundo, busca-se comprovar o grau de importância do princípio contrário. Por fim, é preciso comprovar que esta importância identificada no segundo passo é suficiente para justificar o não-cumprimento ou prejuízo do princípio contrário, no grau identificado no passo inicial¹⁰⁰.

Para Barroso, os passos para aplicação da ponderação são um pouco distintos daqueles colocados por Alexy. O primeiro passo seria a detecção das normas relevantes para o caso, com a identificação dos conflitos existentes entre elas, se é que existente – em não

⁹⁶Há quem considere a ponderação não uma técnica, e sim um princípio, com autonomia em relação ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, veja-se a posição de TORRES, Ricardo Lobo, Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação, in Urbano Zilles (coord.), **Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos**, 2000, p. 643 e s. O presente trabalho, contudo, segue os posicionamentos já expostos, que colocam a ponderação como parte do princípio da proporcionalidade.

⁹⁷BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 358.

⁹⁸ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131-132.

⁹⁹ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**, p. 111.

¹⁰⁰ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**, p. 111.

havendo conflito, não há necessidade de utilização da ponderação, pelo que não se avança ao passo seguinte¹⁰¹.

O segundo passo é o exame dos fatos, das “circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos”. Barroso ressalta que as consequências práticas da incidência das normas preenche de real sentido o seu conteúdo, de modo que o exame daquilo que se apresenta na prática pode contribuir para uma maior clareza acerca do papel de cada uma das normas em jogo¹⁰².

Por fim, na terceira etapa, o que se deve fazer é analisar os diferentes grupos de normas, cada qual com sua repercussão no caso concreto, e “apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa”. Nesse passo, é necessário ainda definir a intensidade do prevalectimento deste grupo de normas em relação ao outro, determinando qual a gradação apropriada para o prevalectimento do primeiro grupo¹⁰³.

Embora os dois autores apresentem passos um pouco diferentes para a realização da ponderação, entendemos que suas preocupações se complementam. Em razão disso, passamos a propor a elaboração de um sistema que contemple os passos colocados por ambos.

Em um primeiro passo, faz-se a detecção das normas relevantes para o caso, identificando os conflitos existentes, conforme proposto por Barroso. Em seguida, identificados os conflitos, passa-se a uma avaliação do grau de não-cumprimento ou prejuízo do princípio de um lado do conflito, quando dada preferência ao princípio oposto¹⁰⁴, seguindo a proposição de Alexy.

O segundo passo é a comprovação do grau de importância do princípio contrário, colocado por Alexy. Feita essa comprovação, volta-se ao proposto por Barroso, buscando olhar para as circunstâncias concretas da situação e trazê-las para o cálculo, de modo a verificar se o sentido abstrato identificado no segundo passo está de acordo com a situação prática.

¹⁰¹BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 358.

¹⁰²BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 358-359.

¹⁰³BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 359.

¹⁰⁴Cumprer ressaltar que nem sempre haverá somente um princípio envolvido de cada lado. Assim, o exposto aqui também se aplica para quando existirem diversos princípios envolvidos.

Por fim, apura-se o peso a ser dado aos elementos envolvidos na disputa, definindo qual o grau de prevalectimento de um princípio sobre o outro¹⁰⁵. Feita essa definição, é necessário comprovar que o princípio privilegiado possui importância suficiente para que seja realizado no grau proposto, mesmo que isso resulte em prejuízo para o princípio contrário.

Feita essa exposição da técnica da ponderação, utilizando-se os elementos apresentados por Alexy e Barroso, passaremos a algumas outras questões relevantes para o uso da ponderação no problema apresentado pelo presente trabalho. Será apresentada a posição de Alexy quanto à diferenciação entre regras e princípios, passando-se então a analisar qual a situação jurídica da norma de inviolabilidade domiciliar, bem como quais os princípios envolvidos no problema.

3.3.1 A diferenciação entre regras e princípios

Conforme exposição no item anterior, a ponderação é uma técnica que pode ser utilizada quando há dois princípios distintos atuantes sobre uma mesma situação. Ocorre que nem sempre o conflito existente será entre dois princípios. Por vezes, tem-se o conflito entre regras, ou mesmo regras e princípios. Estes conflitos, embora também possam ser resolvidos, o são de maneira diferente do que ocorre quando tratamos do conflito de princípios. Por isso, é fundamental para o avanço do presente trabalho que se identifique qual o tipo de conflito existente em nossa situação-problema. Para tanto, iniciaremos delimitando como distinguir regras de princípios.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que tanto regras quanto princípios são normas jurídicas¹⁰⁶. Assim, não se pode falar em contraposição entre princípios e normas, pois estas abarcam aqueles. A distinção a ser feita é entre categorias diferentes de normas.

Uma das formas mais comuns de se realizar a distinção entre princípios e regras é através do grau de generalidade¹⁰⁷. Assim, uma norma com grau relativamente alto de

¹⁰⁵A avaliação do grau de prejuízo do princípio prejudicado já foi realizada no primeiro passo. No entanto, o terceiro passo permite uma avaliação da situação já com os elementos identificados no passo anterior, de modo que é possível ainda uma alteração na gradação de prevalência de um princípio sobre o outro, aumentando ou diminuindo o grau de prejuízo que havia sido identificado anteriormente.

¹⁰⁶ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87.

¹⁰⁷Alexy cita, como exemplos: Joseph Raz, *Legal principles and the limits of law*, **Yale Law Journal**, v. 81,

generalidade seria considerada como princípio, enquanto que uma norma com grau relativamente baixo de generalidade deve ser considerada como regra¹⁰⁸.

Tal forma de classificação, no entanto, não se mostra adequada, uma vez que coloca a distinção entre normas e princípios como uma mera distinção de grau. Nesse caso, fica impossível criar uma distinção realmente segura entre ambos, pois o limite entre o grau de generalidade que caracterizaria uma regra e o grau de generalidade que caracterizaria um princípio não pode ser claramente delimitado, o que invariavelmente levaria a situações onde não é possível atingir um consenso quanto a melhor classificação para determinada norma¹⁰⁹.

Por isso, ressalta Alexy, a distinção entre princípios e regras não deve ser entendida apenas como uma distinção gradativa, e sim como uma distinção qualitativa. Segundo essa teoria, princípios são mandamentos de otimização. Eles “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. De tal modo, um princípio pode ser satisfeito em diferentes graus, a depender das possibilidades – tanto fáticas quanto jurídicas – de cada situação¹¹⁰.

Regras, por outro lado, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Uma regra é uma determinação dentro do âmbito daquilo que é, fática e juridicamente, possível. Quando uma regra é considerada válida, então deve ser seguida – não há, nesse caso, a possibilidade de diferentes graus de cumprimento¹¹¹. Em havendo conflito entre duas regras, a solução se dá no âmbito da validade – através de regras gerais do ordenamento jurídico, como a regra que determina que a lei posterior revoga a lei anterior¹¹² ou as regras que determinam a hierarquia das normas –, ou então através da introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção, através da qual seja eliminado o conflito¹¹³.

No caso de colisão entre princípios, por outro lado, o que se tem não é a declaração de invalidade de qualquer deles. Tampouco é necessário inserir uma cláusula de

1972, p. 838; George C. Christie, The model of principles, **Duke Law Journal**, v. 17, 1968, p. 669; Graham Hughes, Policy and decision making, **Yale Law Journal**, v. 77, 1968, p. 419; e August Simonius, Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, v. 71, 1952, p. 239.

¹⁰⁸ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87.

¹⁰⁹ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 89–90.

¹¹⁰ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

¹¹¹ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 91.

¹¹²No direito brasileiro, tal norma está expressa no art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

¹¹³ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 92–93.

exceção que venha a afirmar que, naquele caso, o princípio deixa de ser válido. O que ocorre é que, no caso concreto, um dos princípios acaba por ceder, dando espaço para que o fim determinado pelo princípio considerado mais importante na situação possa ser melhor realizado¹¹⁴.

3.3.2 Inviolabilidade domiciliar – regra ou princípio?

Feita a explicação acerca da distinção entre princípios e regras, passamos agora a analisar se a inviolabilidade domiciliar, expressa no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, é regra ou princípio.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que a norma em questão apresenta relativamente elevado grau de especificidade. Tal critério, porém, como já visto, não é o mais adequado para a distinção.

Mais conclusiva, contudo, é a verificação de que não há, na norma em questão, qualquer mandamento de otimização. Não se trata de norma que procura realizar a inviolabilidade domiciliar dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso. Trata-se, isso sim, de uma regra – ninguém pode entrar na casa de outrem sem consentimento do morador daquela – com cláusulas de exceção definidas – “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”¹¹⁵. Nesse sentido é a posição de Tôrres¹¹⁶.

Concluindo-se que o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, apresenta uma regra, a consequência jurídica é clara: sempre que a situação encontrada se encaixe nas determinações da regra, então deve ela ser aplicada. Trazendo essa afirmação para o ponto que interessa ao presente trabalho: sempre que houver flagrante delito, está permitida a entrada na residência alheia.

Tal afirmação nos coloca, porém, diante de um problema. Ora, se a inviolabilidade domiciliar é uma regra, aplicável a todas as situações que nela se encaixam,

¹¹⁴ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 93–94.

¹¹⁵BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Art. 5º, inciso XI.

¹¹⁶TÔRRES, Ana Maria Campos, *A busca e apreensão e o devido processo*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 152-153.

então não há ponderação a ser feita. Havendo flagrante delito, aplica-se a regra, permite-se a entrada no domicílio e a discussão está encerrada.

De fato, quando se tem certeza da ocorrência de flagrante delito, não se está diante de situação de utilização da técnica da ponderação. O caso demanda aplicação da regra e encerra-se por aí. O problema é que, nas situações que se apresentam na vida real, em geral, não há como se afirmar, sem possibilidade de erro, a ocorrência, ou não, de flagrante delito – ao menos não antes de se adentrar a residência. O que se tem, nos casos reais, é uma maior ou menor probabilidade de que esteja ocorrendo o delito dentro da residência naquele momento. E mesmo nos casos de grande probabilidade, há sempre a possibilidade de que se esteja errado¹¹⁷.

Diante desse fato – que as circunstâncias da vida impedem a certeza quanto a se estar diante de um caso onde aplicável a regra ou não – é que se precisa buscar socorro em outros dois elementos: o mandamento de otimização da segurança pública e o mandamento de otimização da proteção da intimidade. Este ponto é tema do próximo item.

3.3.3 Proteção da intimidade *versus* segurança pública: ponderação de interesses

No item anterior vimos que a inviolabilidade domiciliar, no direito brasileiro, é uma regra. Agora, vamos tratar acerca de dois mandamentos de otimização – isto é, princípios. Trata-se do mandamento de otimização da segurança pública e do mandamento de otimização da proteção da intimidade.

O primeiro deles determina que se devem escolher as ações que maximizem a segurança pública. Implica, portanto, entre outras coisas, em buscar a punição dos agentes dos delitos que já aconteceram, bem como buscar parar aqueles delitos que estejam ocorrendo no momento.

O segundo princípio determina que se devem escolher as ações que maximizem a proteção da intimidade dos indivíduos. De suas inúmeras implicações, interessa ao presente trabalho a que resulta na determinação de se buscar evitar ao máximo a intervenção nas esferas da vida privada, em especial no espaço físico delimitado para a vida privada de cada indivíduo.

¹¹⁷Nesse sentido, ver OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 373.

Colocados esses dois mandamentos de maximização, fica evidente o conflito que se desenha na situação-problema deste trabalho. Encontrando-se a força policial em frente a uma residência na qual suspeita que esteja ocorrendo o delito de tráfico de entorpecentes, tem ela basicamente duas possibilidades¹¹⁸: pode deixar o local, sem adentrar na residência, ou prosseguir com sua diligência e invadir a casa em questão.

No primeiro caso, corre-se o risco de permitir que continue a ser cometido delito, o que atentaria contra a segurança pública. No segundo, corre-se o risco de violar o domicílio de pessoa que não esteja cometendo delito algum, o que atentaria contra o princípio da proteção da intimidade.

Esse, portanto, é o conflito que se coloca para a situação analisada no presente trabalho. Seguindo-se o mandamento de maximização da segurança pública, deve-se tomar uma atitude diametralmente oposta àquela que se deve tomar seguindo o mandamento de maximização da proteção da intimidade.

Para solucionar tal questão, faz-se necessário a utilização da técnica da ponderação, cujos elementos já foram vistos anteriormente. No próximo capítulo, serão analisadas algumas situações modelo envolvendo a entrada forçada em domicílio nos casos de tráfico de entorpecentes, com proposta de solução baseada na aplicação da proporcionalidade e da ponderação. Antes, porém, serão apresentados os dados de levantamento empírico das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a questão, o qual serviu de base para identificar as situações com maior grau de divergência entre os diversos julgadores e câmaras.

¹¹⁸Em verdade, não existem apenas estas duas possibilidades. O policial pode adentrar a residência com permissão do morador, por exemplo. Ou, em alguns casos, pode continuar a observar o local em busca de maiores indícios. A primeira situação, contudo, onde não há resistência à entrada no domicílio, não interessa ao presente trabalho. A segunda será abordada posteriormente. Para a discussão atual, pode-se trabalhar com apenas as duas hipóteses apresentadas no texto.

4 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NA PRÁTICA

4.1 LEVANTAMENTO DAS DECISÕES DO TJRS

Conforme mencionado anteriormente, inicia-se o capítulo com a apresentação de levantamento empírico das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nas quais se debateu a questão da legalidade ou ilegalidade da entrada forçada em domicílio nos casos de tráfico de entorpecentes, em suas modalidades permanentes. O levantamento objetivou verificar o tratamento dado à matéria pelo tribunal local, com a verificação de divergências entre as câmaras do órgão e identificação das situações onde há posições diversas em conflito. A partir do identificado no estudo, foram selecionadas situações modelo, as quais serão objeto de discussão na parte final do trabalho.

4.1.1 Metodologia de coleta dos dados

O estudo foi realizado através de pesquisa na página eletrônica do TJRS. A opção por fazer o levantamento das decisões do TJRS se deu em razão da competência territorial deste tribunal para decidir os casos ocorridos no estado onde o trabalho foi desenvolvido. Ainda, optou-se por considerar somente decisões em julgamentos de recursos de apelações criminais, por conta da natureza de tais decisões¹¹⁹.

Foram utilizados cinco chaves de pesquisa, a fim de obter o maior número possível de decisões sobre a matéria, quais sejam: a) apelação tráfico violação domicílio; b) apelação tráfico violação domiciliar -domicílio; c) apelação tráfico ingresso residência -domiciliar -domicílio; d) apelação tráfico “inciso XI” -residência -domiciliar -domicílio; e e)

¹¹⁹Durante a fase inicial do levantamento, observou-se que as decisões tomadas em outros tipos de julgamentos, em especial nos casos de *habeas corpus*, costumeiramente utilizavam-se do argumento de que não seria aquele o momento ou meio adequado para uma análise profunda da situação, optando pela continuidade do processo ainda que existentes dúvidas acerca da legalidade da entrada no domicílio. Em tais casos, não se trata propriamente de uma decisão que afirma a legalidade do ocorrido, e sim de uma decisão que afirma que não há ilegalidade flagrante e que o momento ou meio de verificar a legalidade é outro. Uma vez que decisões do tipo não interessavam ao estudo, foi feita a escolha por utilizar-se tão somente as decisões em julgamentos de recursos de apelações criminais, onde a questão da legalidade é sempre abordada em um julgamento que se pretende definitivo.

apelação tráfico inviolabilidade domicílio -violação -“ingresso residência”. Limitou-se a busca a casos julgados entre 1º de janeiro de 2016 e 30 de junho de 2016.

Através das chaves de busca supramencionadas, foram encontrados 904 acórdãos. Os acórdãos foram então analisados, excluindo-se aqueles que não eram pertinentes, seja por tratar-se de outro tipo de julgamento, que não o de recursos de apelações criminais, seja por não abordarem a matéria objeto de estudo. Dos acórdãos localizados na busca, 137 foram considerados como pertinentes¹²⁰. Feita a separação, passou-se a classificar as justificativas utilizadas nos votos dos julgadores para determinar a legalidade ou ilegalidade da medida de entrada forçada em domicílio.

No levantamento, foi feita a opção de considerar como justificativa somente aquelas que tenham sido expressamente apresentadas pelos julgadores quando da análise do ponto no voto, a fim de excluir da classificação, na medida do possível, elementos subjetivos¹²¹. Por essa razão, não foram consideradas justificativas implícitas ou que tenham sido apresentadas para solução de questão diversa dentro do acórdão, ainda que não se possa excluir a possibilidade de influência destas na decisão do caso. Nos casos onde mais de uma justificativa foi expressamente apresentada, todas as justificativas apresentadas foram consideradas na classificação.

4.1.2 Resultados

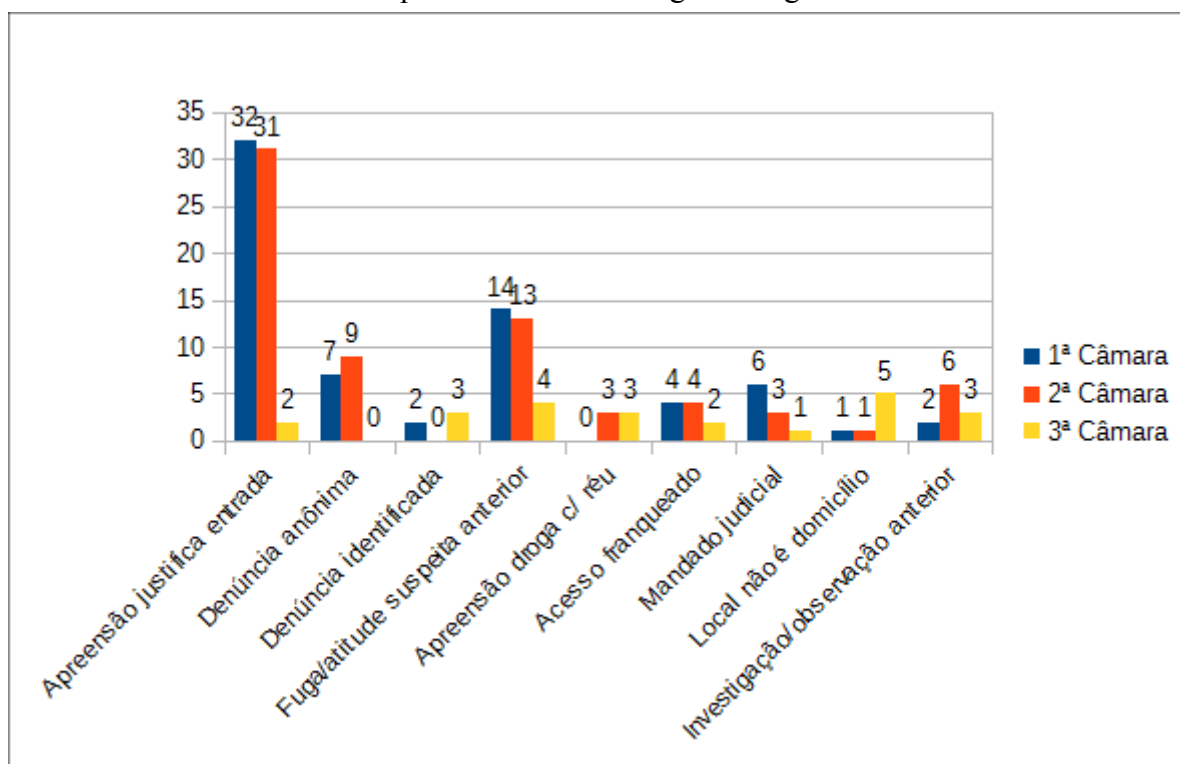
Os resultados encontrados foram divididos em duas categorias. Na primeira delas, foram colocadas as justificativas utilizadas nos casos em que se considerou a entrada forçada no domicílio como medida legal, classificadas em nove categorias. No segundo grupo, foram colocadas as justificativas utilizadas nos casos em que a diligência foi considerada ilegal, classificadas em seis categorias.

¹²⁰Optou-se por realizar a busca selecionando a opção de pesquisa em todo o conteúdo do acórdão, não apenas no conteúdo da ementa. Assim, diminui-se a probabilidade de que um acórdão sobre a matéria não seja localizado na busca. Por outro lado, tal forma de busca infla substancialmente a quantidade de resultados não pertinentes.

¹²¹Apesar do cuidado em se realizar a classificação da forma mais objetiva possível, há sempre um certo grau de subjetividade envolvido, uma vez que cada decisão apresenta sua argumentação de forma diversa das demais. Para que seja possível classificar as decisões em categorias comuns é necessário extrair, de cada uma delas, seu sentido geral. Tal tarefa é sempre de natureza interpretativa e, como tal, pode ser realizada de forma ligeiramente diferente por pessoas diferentes.

Na figura abaixo, podem ser vistos os resultados do primeiro grupo, com o número de vezes que cada justificativa foi suscitada. Os resultados foram divididos conforme a câmara do tribunal que tomou a decisão. Todos os casos encontrados foram julgados pela 1ª, pela 2ª ou pela 3ª câmaras criminais do TJRS, situação explicada pela divisão de competências entre as câmaras do tribunal¹²².

Gráfico 1: Motivos para considerar a diligência legal



A partir dos resultados, observa-se que há uma clara distância entre os resultados da 1ª e da 2ª câmaras criminais quando comparados com o da 3ª câmara criminal no que diz respeito aos casos onde houve fuga ou outra manifestação de atitude suspeita por parte do réu anterior à entrada no domicílio, com esta justificativa sendo muito mais frequentemente utilizada pelos julgadores das duas primeiras câmaras.

¹²² Art. 12. Às Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização, assim especificada:

I - Às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras:

[...]

b) crimes de entorpecentes (Lei nº 6.368/76) revogada pela Lei nº 11.343/2006". Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 01/98**.

A situação é explicada pelo fato de que, para a 1ª e a 2ª câmaras criminais do TJRS, o ato de fuga do réu ao avistar os policiais é justificativa suficiente para a entrada na residência deste. A 3ª câmara criminal, por sua vez, considera, na maior parte dos casos, que tal situação não justifica a entrada. Nesse sentido, veja-se a manifestação do Desembargador João Batista Marques Tovo, em acórdão de sua relatoria:

Sempre disse e reafirmo: o mero ato de correr não fornece razão para excepcionar a inviolabilidade domiciliar garantida pela Constituição. Da mesma maneira, nada de insitivamente ilícito há em portar pochete à frente de residência, sobretudo a própria¹²³.

Esta divergência de entendimento entre as câmaras explica a diferença na quantidade de casos em que tal justificativa foi utilizada para considerar como legal a entrada forçada em domicílio. Nos casos da 3ª Câmara Criminal enquadrados na categoria, a entrada forçada na residência foi considerada como legal em razão de outro tipo de atitude por parte do réu, que não apenas a mera fuga.

Outra situação na qual se observou grande distância entre a quantidade de julgados das duas primeiras câmaras e da 3ª Câmara Criminal foi nos casos onde houve denúncia anônima. Enquanto que para esta a existência de denúncia anônima é justificativa para considerar a entrada forçada no domicílio como ilegal – com dez casos do tipo, conforme gráfico que se verá na sequência –, para aquelas a existência de denúncia anônima é justificativa para a legalidade da diligência. Nossa posição acerca da questão, assim como nossa posição em relação ao grupo de situações anteriores, será elaborada na próxima parte do trabalho.

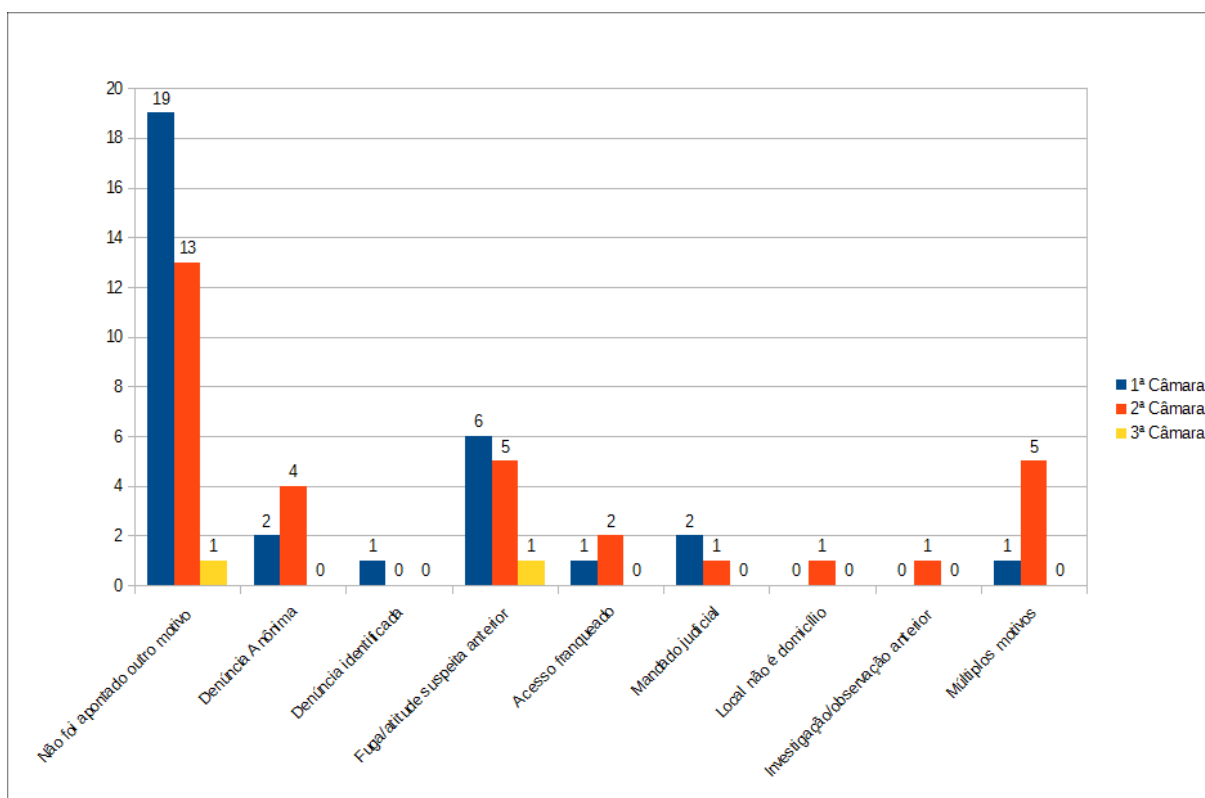
A terceira situação onde houve grande divergência na quantidade de casos em que foi utilizada a justificativa é nos casos em que a apreensão da droga é considerada como razão para a entrada no domicílio. Tal justificação, largamente utilizada pela 1ª e pela 2ª câmaras criminais do tribunal, está em desacordo com a decisão do STF no RE 603.616, já

¹²³TOVO, João Batista Marques. **Apelação Crime nº 70040507428** (voto do relator). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016.

mencionado no começo deste capítulo, uma vez que representam a justificação da diligência por seu resultado¹²⁴.

Em razão da inequívoca inadequação desta justificativa em relação ao decidido pelo STF, optou-se por aprofundar o estudo em relação a estes casos, a fim de identificar se a justificativa em questão é a única utilizada nas decisões respectivas – embora a utilização de justificativa que já foi considerada inválida pela corte superior não seja adequada, o problema é mitigado caso tal justificativa seja acompanhada de outras justificativas mais adequadas. Assim, verificou-se novamente os casos onde a justificativa da apreensão da droga foi utilizada, identificando quantos destes casos também contém outras justificativas e quais outras justificativas foram utilizadas. Os resultados são apresentados no gráfico abaixo.

Gráfico 2: Demais motivos apresentados quando a apreensão é usada como justificativa

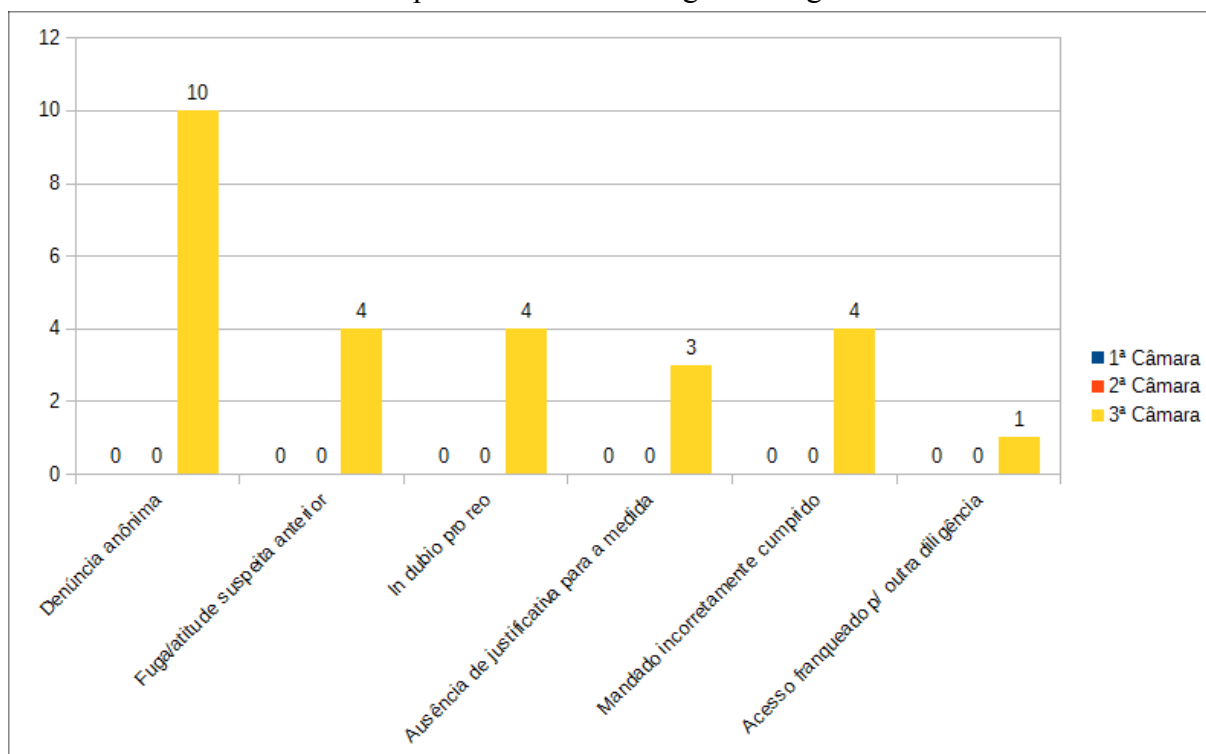


¹²⁴Vale ressaltar que a apreensão da droga mencionada nesta categoria de justificativas é aquela realizada após o ingresso na residência. Apreensões anteriores ao ingresso, como aquelas ocorridas quando o réu é revistado em frente a sua residência, estão em categorias próprias.

Como se pode ver do gráfico em questão, há um número significativo de casos em que não foi apresentada qualquer outra justificativa, para além da apreensão da droga. Dentre os casos onde outras justificativas foram apresentadas, a fuga ou outra atitude suspeita anterior do réu e a existência de denúncia anônima foram as mais comuns. A situação preocupa, tanto pela quantidade de casos em frontal discordância com a decisão já mencionada do STF, quanto pelo fato de que as justificativas mais utilizadas em acompanhamento à justificativa da apreensão são, elas mesmas, justificativas passíveis de discussão quanto à sua idoneidade para tornar a diligência legal, conforme se verá na sequência do trabalho.

O segundo grupo de justificativas é aquele das justificativas utilizadas para se declarar a ilegalidade da diligência. Novamente, os resultados foram separados em categorias e por câmaras criminais, e podem ser conferidos no gráfico a seguir.

Gráfico 3: Motivos para considerar a diligência ilegal



Mais uma vez, pode-se perceber forte divergência entre a 3ª Câmara Criminal e as demais. Não houve nenhum caso, em todo o período estudado, no qual a 1ª ou a 2ª câmaras

criminais do TJRS tenham considerado a entrada forçada em domicílio, nos casos de tráfico de entorpecentes, como ilegal.

A posição singular da 3ª Câmara Criminal é explicada principalmente por dois fatores. Em primeiro lugar, há divergência de posicionamento entre a câmara em questão e as duas outras estudadas no que se refere ao tratamento dado à denúncia anônima e aos casos de fuga do réu, conforme já mencionado anteriormente. O segundo fator é que, nos casos onde não foi possível esclarecer as circunstâncias da diligência acima da dúvida razoável, onde não foi apontada justificativa por parte da autoridade policial ou houve erro no cumprimento de mandado judicial, a 3ª Câmara Criminal optou pelo julgamento de ilegalidade da diligência, enquanto que a 1ª e a 2ª câmaras criminais optaram pela utilização da justificativa da apreensão da droga – que caracterizaria o estado de flagrância permanente e, por isso, seria suficiente para que se declare a legalidade da entrada no domicílio do acusado.

Portanto, dos resultados apresentados, extrai-se que há divergência significativa entre julgadores do TJRS em relação a três pontos, que podem ser assim sintetizados: a) se a apreensão da droga serve ou não como justificativa para a legalidade da diligência; b) se a existência de denúncia anônima serve ou não como justificativa para a legalidade da diligência; c) se a fuga do réu ao avistar os policiais serve ou não como justificativa para a legalidade da diligência.

O primeiro destes pontos não será objeto de maior discussão na sequência do presente trabalho, uma vez que já há posição do STF sobre o tema, como mencionado. Os dois outros pontos, por sua vez, serão analisados no próximo item. Optamos também por selecionar duas outras situações, que igualmente serão analisadas no próximo item. Assim, serão também analisados os casos de denúncia identificada – por conta de sua proximidade com a discussão da denúncia anônima – e os casos onde há investigação ou observação anterior do local por parte dos policiais – por entendermos que se trata de situação onde podem ser bem aplicados alguns dos conceitos apresentados nos capítulos anteriores do trabalho.

4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO EM SITUAÇÕES MODELO

Conforme mencionado no item anterior, foram selecionadas quatro situações modelo, as quais serão analisadas utilizando-se dos conceitos apresentados anteriormente no trabalho, em especial o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação. O objetivo desta parte do trabalho é verificar a possibilidade de propor soluções aos conflitos em questão através do uso dos conceitos anteriormente explorados.

4.2.1 Denúncia anônima

O primeiro caso a ser analisado é o que envolve denúncia anônima. Trata-se da situação onde a decisão de entrada forçada em domicílio é tomada tendo por base exclusivamente a denúncia realizada por pessoa não identificada.

Para realizar a análise da situação é necessário, em um primeiro momento, verificar sua adequabilidade e necessidade¹²⁵. A adequação da medida é sua idoneidade para atingir o fim pretendido. Aqui já se tem o primeiro problema com a medida apontada. Embora a entrada forçada em domicílio possibilite que se verifique a existência, ou não, de depósito de drogas na residência invadida, a medida já não se mostra tão adequada para identificar o autor do eventual delito que esteja ocorrendo.

Isto porque, sem mais informações, a identificação do autor dependeria da sorte do agente policial de encontrar o autor em posição tal que seja possível afirmar, com elevado grau de certeza, que é aquela pessoa a responsável pela droga encontrada. Basta, contudo, que existam duas pessoas no local – comprador e vendedor, ou autor do delito e familiares, para citar dois exemplos – para que a correta identificação da situação já fique bem mais complicada e passível de erros¹²⁶.

¹²⁵Conforme exposição acerca do princípio da proporcionalidade, no ponto 3.2.

¹²⁶Mesmo eventual situação onde se encontre depósito de entorpecentes em local com apenas uma pessoa não é necessariamente simples. O que ocorre se são encontrados entorpecentes dentro de um armário de uma residência, havendo apenas um morador no local no momento da apreensão? Não nos parece possível afirmar, sem outros elementos, que o morador encontrado é, necessariamente, o responsável pelos entorpecentes.

O segundo elemento é a necessidade da medida. Como já visto anteriormente, uma medida é necessária quando não há outra medida, menos gravosa, que possibilite atingir o mesmo fim. Novamente, entendemos que a decisão de entrada forçada em domicílio com base em denúncia anônima não passa no teste.

Ora, quando a autoridade policial recebe informação anônima da ocorrência do delito de tráfico de entorpecentes, em uma de suas modalidades permanentes, a entrada imediata no local é apenas uma das possibilidades existentes, e uma das mais invasivas. Não há nenhum impedimento a que, em vez de decidir pela entrada forçada na residência de terceiro, a autoridade policial opte por realizar outros procedimentos investigatórios, a fim de obter mais indícios quanto à ocorrência, ou não, do delito no local apontado. A própria natureza do delito de tráfico de entorpecentes contribui para que a autoridade policial não precise agir de maneira imediata, uma vez que o delito, na maior parte dos casos, continuará sendo perpetrado durante maior período de tempo, e, ao mesmo tempo, não há vítima que necessite de socorro sem demora.

Os pontos expostos acima já são, em nosso entendimento, suficientes para demonstrar que a decisão de entrada forçada em domicílio baseada em denúncia anônima não pode ser considerada em conformidade com nossa ordem constitucional, por flagrante violação do princípio da proporcionalidade. Para que a discussão acerca da situação seja completa, contudo, a situação será analisada também através utilização da técnica da ponderação.

Conforme visto anteriormente¹²⁷, o primeiro passo para utilização da técnica da ponderação é a identificação das normas relevantes e de seus conflitos. No caso, os princípios envolvidos são, de um lado, o da segurança pública e, de outro, o da proteção da intimidade. O conflito existente é que, em se decidindo pela possibilidade de adentrar forçadamente no domicílio alheio com base em denúncia anônima, reduz-se a proteção da intimidade. Por outro lado, a decisão em sentido contrário, privilegiadora da intimidade, resulta em uma possível diminuição da segurança pública, uma vez que eventual crime que esteja ocorrendo não será interrompido.

Ainda no primeiro passo, deve-se avaliar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio quando dada maior importância ao outro. Na presente situação, detecta-se o

¹²⁷Ver ponto 3.3, acerca da técnica da ponderação.

primeiro problema com a autorização de entrada com base em denúncia anônima. Neste caso, o grau de não-cumprimento do princípio da proteção da intimidade é bastante elevado. Ora, se basta uma palavra de qualquer pessoa, sem qualquer outro indício comprobatório, para que seja permitida a entrada no domicílio de terceiros, então é evidente que cai por terra a proteção à intimidade.

O segundo passo, por sua vez, evidencia ainda mais o problema já exposto. Neste segundo passo, deve-se comprovar o grau de importância do princípio contrário, olhando para as circunstâncias do caso. Em abstrato, o princípio da segurança pública possui grande importância, pois trata-se de questão fundamental para o bom funcionamento da sociedade. No entanto, é necessário fazer a análise levando em conta as circunstâncias do caso. Na situação modelo apresentada¹²⁸, o ganho ao se privilegiar o princípio da segurança pública é pequeno. Isto porque é baixo o grau de certeza de que efetivamente esteja a ocorrer um delito – em outras palavras, é grande a possibilidade de que nenhuma atividade ilícita esteja ocorrendo no local.

Diante do desequilíbrio entre o prejuízo causado ao princípio da proteção da intimidade e a importância de promoção do princípio da segurança pública no caso apresentado, nos parece que não é possível sustentar a legalidade da decisão de entrada forçada em domicílio baseada exclusivamente em denúncia anônima. Se realizado o teste de aferição severa¹²⁹, entendemos não ser possível sustentar que o fim buscado – a segurança pública – é, no caso em questão, imperioso, em razão da fragilidade dos indícios de que esteja ocorrendo um prejuízo ao fim buscado por esse princípio.

Ao falar sobre a técnica da ponderação, Barroso chama atenção para um problema que pode aparecer em seu uso. É que, como a ponderação permite uma grande liberdade de atuação para o agente, poderia acabar por servir como ferramenta para justificar qualquer decisão, mesmo que desprovida de sentido. Para evitar que isto ocorra, o autor sugere que sejam ainda levados em consideração no processo de ponderação três outros elementos.

Em primeiro lugar, devem as decisões ser sempre reconduzidas ao sistema jurídico, apontando norma constitucional ou legal que possa servir como base para a decisão

¹²⁸Evidentemente, as circunstâncias de um caso real poderão diferir daquelas apresentadas na situação modelo do presente trabalho. O que se pretende aqui é traçar uma argumentação geral para situações semelhantes, sem prejuízo da identificação de particularidades de cada situação quando da efetiva prática jurídica.

¹²⁹Ver explicação acerca dos testes de proporcionalidade no item 4.3.3.

tomada, vinculando-a a uma decisão majoritária – do legislador ou constituinte. Em seguida, deve-se verificar se o parâmetro utilizado é generalizável a casos equiparados, de modo a que a decisão não seja casuística. E por fim, deve a decisão “produzir, na intensidade do possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos”¹³⁰.

No presente caso, é possível reconduzir a decisão ao sistema jurídico mediante apontamento da regra de vedação de anonimato¹³¹. Se o próprio constituinte optou por vedar o anonimato, nos parece decorrência lógica que não pode uma decisão restritiva de direito fundamental, igualmente consagrado na carta constitucional, ser tomada com base em apontamento anônimo. Tal afirmação é sustentada, ainda, pela analogia com situações semelhantes em nosso ordenamento jurídico. A interceptação telefônica, que é também uma medida de invasão na esfera privada de cada indivíduo, não pode ser autorizada com base exclusivamente em denúncia anônima¹³². Nesse sentido, veja-se, a título exemplificativo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 53.134/RJ¹³³:

PROCESSO PENAL. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. FUNDAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. ILICITUDE. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES. LIBERDADE DETERMINADA.

1. Denúncia anônima não é fonte probatória mas mera informação, passível de gerar movimentação investigatória preliminar, mas jamais fundamento para restrição a direitos individuais.

[...]

3. Nulidade da prova reconhecida, assim como das provas decorrentes, a serem avaliadas pelo juízo de primeiro grau, com a soltura do paciente imediatamente determinada.

¹³⁰BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 361.

¹³¹“É livre a manifestação de pensamento, vedado o anonimato”. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988, art. 5º, inciso IV.

¹³²Sobre o tema, ver AVOLIO, Francisco Torquato, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2015.

¹³³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 53.134/RJ**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Relator para acórdão: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgado em: 17.03.2015. A mesma argumentação pode ser encontrada em outros exemplos, como no HC 117.437/AP e no HC 137.349/SP.

(RHC 53.134/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 26/05/2015 – grifo nosso).

A mesma vedação existe em relação à instauração de inquérito policial. Para Weinmann e Weinmann, “toda a ação penal nascente de uma denúncia anônima é natimorta”¹³⁴. Tanto o STF¹³⁵ quanto o STJ¹³⁶ seguem posição semelhante, apenas ressaltando que a denúncia anônima, por si só, não invalida o inquérito policial, desde que existentes outros elementos idôneos a justificar sua abertura.

Ora, o prejuízo aos direitos e garantias do indivíduo é menor na instauração de um inquérito policial do que na invasão de domicílio por parte da autoridade policial. Não sendo possível realizar o primeiro com base exclusiva na denúncia anônima, não vemos possibilidade de defesa do segundo.

Retornando às ideias de Barroso, vemos que o segundo elemento apontado pelo autor não pode ser desrespeitado pelo presente trabalho, uma vez que a proposta é, justamente, discutir situações modelo generalizadas, de forma a buscar uma possibilidade de se estabelecer parâmetros gerais que sejam depois utilizáveis em cada situação real. Assim, evidente que as estruturas de argumentação aqui expostas são genéricas, não se atendo a particularidades de algum caso. Entendemos, ainda, que a solução aqui apontada está de acordo também com o terceiro ponto proposto, uma vez que preserva o núcleo essencial do direito à intimidade, evitando seu esvaziamento mediante a possibilidade de que qualquer menção apócrifa seja suficiente para acabar com a proteção existente.

Por fim, cabe ressaltar que a discussão aqui realizada buscou apontar aquele que entendemos ser o melhor tratamento à matéria nos casos em que a decisão de entrada forçada no domicílio é baseada exclusivamente em denúncia anônima. Não se pretende afirmar que a existência de denúncia anônima torna a diligência ilegal, e sim que não é ela, por si só, elemento suficiente a embasar a decisão. Assim, caso existam outros indícios a reforçar a suspeita de ocorrência do delito, a ponderação aqui realizada não será aplicável.

¹³⁴WEINMANN, Amadeu de Almeida; WEINMANN, Rejane, in BONATO, Gilson (org.), **Processo Penal, constituição e crítica**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹³⁵Nesse sentido, ver os debates no Inquérito 1957/PR.

¹³⁶Ver, a título exemplificativo, o RHC 44.971/PR.

4.2.2 Denúncia identificada

A situação é muito semelhante àquela apresentada no item anterior. Aqui, porém, a decisão de entrada forçada em domicílio não é tomada com base em denúncia anônima, e sim em denúncia de pessoa identificada nos autos. Essa alteração traz algumas consequências fundamentais. Para verificá-las, iremos novamente analisar cada um dos passos da ponderação.

Em relação à adequação, a medida apresenta o mesmo problema da denúncia anônima. Caso a autoridade policial decida pela entrada forçada em domicílio, esta medida será idônea para a localização da droga. No entanto, fica-se sujeito à sorte em relação à identificação da autoria. É possível que, ao adentrar o local, os policiais encontrem situação que deixe evidenciada a autoria do delito. Mas é igualmente possível que não seja possível detectar o autor do delito a partir da situação visualizada – ou, ao menos, que seja difícil afirmar a autoria com a certeza necessária ao processo penal.

Passando ao teste de necessidade, igualmente se tem a mesma situação de quando há denúncia anônima. Ora, tendo recebido uma denúncia, pode a autoridade policial realizar outras investigações, a fim de obter maior certeza quanto à veracidade do informado, ou então solicitar um mandado judicial para a busca, já que não há urgência. Mendes afirma que a Constituição Federal presume a urgência no ingresso na casa em situações de flagrante delito, “independentemente de o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa”¹³⁷. Entendemos que aceitar uma presunção absoluta, ainda que de origem constitucional, acaba por ferir a proteção, igualmente constitucional, aos direitos fundamentais, não sendo adequada ao âmbito do direito penal. Preferimos, aqui, a posição de Tôrres, que afirma:

Como entender urgente o que se protraí no tempo? É possível, graças à presença diuturna do judiciário guardião da lei, requerer e ser atendido em pouco tempo, o direito constitucionalmente previsto de entrar em domicílio. [...] Deve, nestes crimes chamados permanentes, especificamente por durarem, não se reconhecer a urgência do flagrante próprio, pois nem se

¹³⁷MENDES, Gilmar Ferreira. **RE 603.616/RO** (voto do relator), p. 22.

evita sua consumação, nem se impede maiores consequências, e, sobretudo, arrisca-se sequer determinar a autoria interesse maior nesses casos¹³⁸.

No entanto, também a posição de Tórres merece ressalvas. Veja-se que, se por um lado não é possível aceitar a presunção absoluta de urgência, também não se pode afirmar que em todos os casos de delitos permanentes a urgência inexistente.

Por exemplo, imagine-se a seguinte situação: um policial está em frente a uma residência, observando pela janela e enxerga, do lado de dentro do domicílio, pessoa que esteja realizando a separação de droga em quantidades para venda. Enquanto está observando a situação, o policial nota que o indivíduo dentro da residência percebe que ele está ali. Evidentemente, nessa situação, haverá urgência na entrada no domicílio, embora se trate de delito permanente – pois fosse o policial aguardar a expedição de mandado, certamente não encontraria mais a situação visualizada ao retornar.

Assim, entendemos que, embora não se possa aceitar a presunção absoluta de urgência nos casos de delitos permanentes, a questão deve ser avaliada levando em consideração as situações do caso. Retornando ao caso da denúncia identificada, contudo, não visualizamos a urgência na medida, razão pela qual sustentamos que a medida de entrada forçada em domicílio não é proporcional, no caso, por ausência do requisito de necessidade.

Passando ao terceiro elemento da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, vamos realizar outra vez o passo a passo já exposto para a aplicação da técnica da ponderação. Em relação às normas relevantes e a seus conflitos, não há alteração. Continuam sendo relevantes a norma que demanda do poder público realizar atos que zelem pela segurança pública e a norma que demanda a proteção da intimidade dos indivíduos. O conflito também é o mesmo.

O que se altera, contudo, é o grau de não-cumprimento de um princípio quando dado privilégio ao outro. Uma vez que a denúncia por pessoa identificada exige que esta se apresente, assumindo também a responsabilidade por eventual denúncia não-fundamentada, o prejuízo ao princípio da proteção da intimidade, no caso de se optar por privilegiar o princípio da segurança pública, é menor do que na situação anterior.

¹³⁸TÓRRES, *A busca e apreensão e o devido processo*, p. 152–153.

No segundo passo, é necessário analisar a importância do cumprimento do princípio contrário. Como já referido no item anterior, a importância em abstrato do princípio da segurança pública é bastante elevada. Na situação prática, essa importância é maior do que na situação anterior.

No entanto, tanto esse aumento de importância do princípio da segurança pública quanto a diminuição do prejuízo ao princípio de proteção da intimidade não são suficientes para igualar a situação. Ainda há uma distância considerável entre os pesos dos diferentes princípios em jogo, de modo que a balança continua a pender, em nosso entendimento, em favor da proteção à intimidade. Não nos parece possível que a mera palavra de um indivíduo, ainda que devidamente identificado, possa ser suficiente para justificar a entrada forçada no domicílio de outrem pela autoridade policial, sem maiores elementos a sustentar a decisão, sob risco de causar prejuízo ao núcleo essencial das garantias constitucionais envolvidas¹³⁹.

4.2.3 Fuga anterior

A terceira situação a ser analisada é aquela onde há fuga anterior por parte do acusado, quando este avista a autoridade policial. A título exemplificativo, traz-se a descrição de situação, por parte do relator, em um dos acórdãos pesquisados durante o levantamento realizado:

No caso dos autos, tenho que a ação foi legítima, para fins de averiguação de informe sobre o tráfico de drogas naquela localidade. Ao avistar a viatura, a ré Kátia correu em direção ao interior da residência, demonstrando atitude suspeita. A perseguição e a apreensão da ré e sua filha foi consequência da ação por ela externalizada. Nessas condições, o ingresso dos policiais na residência não constituiu violação ao domicílio nem contamina as provas colhidas¹⁴⁰.

¹³⁹Cabe ressaltar que o presente trabalho se propõe a discutir a questão somente nos casos de tráfico de drogas. Em outros delitos permanentes, como no caso do sequestro, a ponderação a ser feita envolveria outros elementos – no exemplo do sequestro, a integridade física da vítima, entre outras questões. A solução para outras situações, portanto, pode diferir bastante daquela dos casos de tráfico de drogas.

¹⁴⁰PITREZ, José Antonio Cidade. **Apelação Crime n° 70063917421** (voto do relator). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016.

As situações de fuga anterior por parte do indivíduo de quem se suspeita possuem algumas variações comumente encontradas na prática. Hora há apenas a fuga, como na situação exemplificada acima, hora há relato de que, durante a fuga, haveria a dispensa de embalagem contendo entorpecentes ou alguma outra manifestação que comprovaria a situação delitiva. Em nosso entendimento, há diferença significativa entre as situações de mera fuga e as demais, conforme será explicado na sequência.

Novamente, analisaremos a questão da legalidade, ou não, da medida de entrada forçada em domicílio, na situação em questão, a partir dos elementos do princípio da proporcionalidade. Em relação à adequação, entendemos que a medida se mostra idônea, uma vez que a identificação dos autores do delito se torna mais fácil no presente caso – já que há a visualização do suposto autor, que, no primeiro momento, busca a fuga.

Passando à questão da necessidade, também entendemos que a medida passa no teste. Nas situações onde ocorre fuga por parte do suspeito, não há como se aguardar por maiores investigações ou solicitar a expedição de mandado judicial. Já colocamos no ponto anterior nossa discordância em relação à posição de Tórres, e entendemos que a situação aqui apresentada é um bom exemplo de nossa posição. Ainda que o delito que está sendo cometido seja permanente, há necessidade de ação no momento dos acontecimentos, sob pena de se frustrar completamente a persecução penal.

Resta, agora, o questionamento acerca da proporcionalidade da medida, a ser resolvido através da ponderação. Tal como nas demais situações, os princípios envolvidos são a segurança pública, de um lado, e a proteção da intimidade, de outro. O conflito entre eles também se mantém igual.

Em relação ao prejuízo ao princípio da intimidade em caso de prevalência da segurança pública, há uma diferença significativa em relação aos casos anteriores. A situação aqui abordado é bastante específica, tratando apenas dos casos onde há atitude por parte do suspeito que indique, com um grau razoável de certeza, que um delito está ocorrendo. Evidentemente, o prejuízo individual ao princípio da proteção da intimidade é mantido – o indivíduo em cuja casa a polícia venha a adentrar terá sua intimidade violada. No entanto, a medida fica restrita a casos relativamente raros, dependendo também de uma atitude anterior do indivíduo para que seja deflagrada – diferentemente das situações anteriormente

analisadas, onde se dependia apenas da palavra de terceiro –, de modo que o prejuízo, em uma análise geral, é reduzido.

Nesta parte, entendemos que se deve fazer uma distinção entre os casos de mera fuga e aqueles onde há, ainda, outra atitude que revele a existência de prática delitiva. Isto porque, embora reconhecemos que a atitude de correr ao avistar os policiais levante suspeitas sobre o indivíduo, não nos parece razoável aceitar uma intervenção estatal no domicílio de qualquer pessoa tão somente por conta de suspeita levantada pelo ato de correr. Há uma diferença significativa no grau de prejuízo à intimidade entre aceitar-se por razoável a intervenção estatal nos casos onde tudo que se tem a apontar é que o indivíduo suspeito correu de um local para dentro de sua residência e aceitar-se a intervenção nos casos onde, além do ato de correr, há outros elementos – a visualização de uma arma, a dispensa de pacote de entorpecentes, a visualização de negociação de drogas ou algum outro ato do tipo – a trazer a certeza da prática delitiva.

O segundo passo do processo de ponderação é comprovar o grau de importância do princípio que venha a ser privilegiado. A importância em abstrato da segurança pública já foi referida anteriormente. Trazendo o princípio para o caso, tem-se que sua importância é maior do que nos casos anteriormente expostos, em razão do maior grau de certeza de ocorrência do delito. No entanto, novamente, entendemos que não se pode atribuir tamanha importância ao princípio nos casos onde há apenas a externalização do ato de correr – ato que, vale lembrar, não é ilegal. Em nosso entendimento, há, também aqui, uma diferença entre a situação da mera fuga e aquelas onde há outros elementos presentes. Nesse segundo caso, o princípio da segurança pública adquire significativamente mais importância.

Por conta do exposto, nossa posição é de que há proporcionalidade na medida de entrada forçada em domicílio nos casos onde, além da fuga, há outros elementos a indicar a prática delitiva. Nos casos de mera fuga, contudo, entendemos que a medida de entrada forçada deve ser considerada ilegal, por ausência de proporcionalidade em sentido estrito entre o princípio privilegiado e o princípio prejudicado. Adotando-se o posicionamento de Barroso, que recomenda buscar sempre na legislação existente algum elemento para apoiar a decisão tomada, apontamos, no presente caso, que não há nenhuma previsão legal de punição para o ato de correr¹⁴¹. Esta constatação, a nosso ver, dá suporte ao posicionamento exposto.

¹⁴¹Necessário fazer a ressalva em relação à situação na qual é emanada ordem de parada pelos policiais, uma vez que, nesse caso, a continuidade da fuga pode configurar o delito de desobediência. Nesse caso, contudo, tem-se a

Por fim, há ainda uma última consideração a ser feita em relação aos casos englobados na situação aqui apontada. Afirmamos que, existindo outros elementos, além do mero ato de correr, a medida de entrada forçada em domicílio deve ser considerada legal. Essa afirmação no plano teórico, contudo, ignora um problema comumente encontrado na prática judiciária. Em muitas situações, os relatos dos policiais em juízo asseveram uma certeza acerca de fatos que muito dificilmente teriam sido por eles observados da forma em que relatados. Não se pode ignorar que os agentes policiais possuem interesse na declaração de legalidade de suas ações. A 3ª Câmara Criminal do TJRS, em alguns casos, tem decidido pela ilegalidade da medida de entrada forçada em domicílio com base na suspeita de que os relatos apresentados pelos policiais não condizem com a verdade¹⁴².

Esta questão demanda estudo mais aprofundado a fim de se encontrar a solução ideal no caso – admitir-se a veracidade absoluta dos relatos policiais é medida tão prejudicial quanto lhes retirar qualquer credibilidade. Limitamo-nos, no presente trabalho, a afirmar que, em nossa visão, havendo correspondência dos fatos relatados com o ocorrido, a ação policial deve ser considerada legal. O mesmo não ocorre, contudo, nos casos onde o relato é adaptado apenas para dar aparência de legalidade à medida.

4.2.4 Observação do local pela força policial

A última situação a ser analisada no presente trabalho é aquela onde há observação anterior do local por parte da força policial. Em relação à adequação da medida, entendemos que não há reparo a ser feito. A entrada forçada em domicílio nesse caso é idônea para localizar a droga buscada e, já tendo sido realizada observação anterior do local, é grande a probabilidade de se identificar o autor do delito.

prática delitiva da desobediência no momento, o que autorizaria a entrada no domicílio para prisão em flagrante do indivíduo que realizou a fuga – o fundamento, contudo, é a ocorrência da desobediência, e não a suspeita de ocorrência do delito de tráfico de entorpecentes por conta do mero ato de correr.

¹⁴²Veja-se, a título exemplificativo: “Afirmar diversas vezes e repito: o mero ato de correr não constitui presunção apta a afastar direito garantido pela Constituição. Da mesma maneira, nada de insitivamente ilícito há em portar objeto desconhecido na frente de residência, sobretudo a sua. E não soa verossímil, de fato, que os agentes tenham logrado identificar o armamento, à noite e com a rapidez com que se desenvolvem, de praxe, flagrantes do gênero.” TOVO, João Batista Marques, **Apelação Crime nº 70068350453** (voto do relator), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul.

O problema, contudo, se apresenta quando analisamos a necessidade. Ora, se os policiais estiveram observando o local, o que os impede de aguardar a expedição de mandado judicial para a ação? Não vemos motivo, em uma situação normal, para que seja necessário recorrer à medida de urgência máxima. Cabe aqui fazer uma ressalva: a situação será outra caso, durante a observação do local, os policiais percebam que sua presença foi detectada. Nesses casos, evidentemente, a ação imediata é a única forma de impedir a frustração da persecução penal – isto é, a medida será necessária.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, entendemos que a medida passa no teste, mesmo que realizado levando em conta o grau de aferição severo adequado aos casos onde há direito fundamental envolvido. Isto porque o grau de prejuízo ao princípio da intimidade é bastante reduzido se há uma observação criteriosa do local a fim de se obter elementos que deem a certeza da ocorrência do delito antes de se decidir pela entrada no domicílio.

O segundo passo da ponderação, por sua vez, é a comprovação do grau de importância do princípio contrário – a segurança pública, no caso. Aqui, além da elevada importância em abstrato, tem-se um grau elevado de importância também no caso concreto. Tendo havido coleta suficiente de indícios a partir da observação por parte dos policiais, haverá elevado grau de certeza da ocorrência do delito, pelo que a segurança pública torna-se igualmente importante em alto grau.

Diante dos dois passos identificados acima, tem-se que há proporcionalidade adequada na medida, uma vez que o prejuízo causado ao direito à intimidade é menor do que a importância de realização da segurança pública. Essa proporcionalidade, contudo, não significa que nossa conclusão seja pela legalidade da medida, em razão do exposto acima quanto à sua necessidade – somente nos casos onde a medida seja necessária, pelas circunstâncias concretas, é que defendemos a legalidade da medida. Nos demais casos, há ilegalidade por ausência de preenchimento do pressuposto de necessidade do princípio da proporcionalidade.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a realizar uma análise da questão da entrada forçada em domicílio nos casos de tráfico de drogas, em suas modalidades permanentes. Para tanto, apresentou-se o tratamento dado à matéria pelas diversas constituições brasileiras e pelas convenções internacionais pertinentes, extraíndo-se da passagem histórica que a proteção ao domicílio sempre fez parte das preocupações de nossos constituintes – embora, em alguns momentos, essa proteção tenha sido diminuída sensivelmente através do recurso à remissão legal.

Na sequência, foi apresentada a situação atual, com exposição das principais posições existentes acerca de alguns conceitos pertinentes, como a definição do que seria englobado no termo constitucional “casa”. Viu-se, também, que a inviolabilidade domiciliar está ligada ao direito à privacidade e à intimidade, os quais são parte dos direitos da personalidade. Em seguida, foi analisado o sistema constitucional de proteção de direitos e garantias individuais, com apresentação de posições acerca da possibilidade, ou não, de alteração das cláusulas pétreas, concluindo-se pela necessidade de preservação do núcleo essencial das garantias, ainda que seja possível a alteração redacional.

Encerrando o primeiro capítulo, foi apresentada a questão do flagrante delito e dos delitos permanentes. O flagrante delito foi definido como a situação em que há visibilidade da ocorrência delitiva, conceito que, em nosso entendimento, abarca a maior parte dos casos de flagrante – mas não todos, tendo se argumentado pela inclusão de outras situações no conceito. Em relação aos delitos permanentes, foi colocado que estes podem ser definidos como aqueles nos quais a consumação se protraí no tempo, estendendo também o período de flagrância. Apresentou-se, ainda, posicionamento contrário à possibilidade de entrada forçada em domicílio sem mandado judicial nos casos de delitos permanentes, argumentando-se, contudo, no sentido de que tal posicionamento, pertinente em algumas situações, não é adequado para a solução de todas as ocorrências.

No terceiro capítulo, foi apresentada a decisão do STF no RE 603.616, na qual a corte superior decidiu pela impossibilidade de justificação da medida de entrada forçada em domicílio por parte da autoridade policial nos casos de tráfico de drogas com base no

resultado final da diligência. Uma vez que a decisão de entrada no domicílio é tomada anteriormente ao momento de descoberta de seu resultado, viu-se que é necessário que haja fundadas razões, prévias à decisão, que fundamentem a medida. Estas razões deverão ser verificadas posteriormente pelo juízo, para que se controle a legalidade da diligência.

O STF não define o conteúdo das “fundadas razões”, deixando a questão em aberto para a jurisprudência. Conforme a tese do presente trabalho, as fundadas razões podem ser definidas como a existência de indícios suficientes para que se entenda razoável a suspeita de ocorrência do delito. Os indícios suficientes, por sua vez, seriam aqueles aptos a colocar a suspeita em grau acima do necessário para justificar a utilização de medida limitadora ao direito fundamental à intimidade.

Para identificação da existência, ou não, de fundadas razões em cada caso, propõe-se a utilização do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação. O princípio da proporcionalidade, embora não previsto de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser fundamentado tanto como decorrência da própria essência dos direitos fundamentais quanto em decorrência da acepção substantiva do princípio do devido processo legal. O princípio é composto de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação pode ser compreendida como a idoneidade da medida para atingir o fim pretendido. A necessidade é a inexistência de medida menos gravosa, que possa substituir a medida em questão sem prejuízo ao fim buscado. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é a balança onde são pesados os diferentes elementos em conflito, através da técnica da ponderação, a fim de se encontrar o melhor equilíbrio entre eles.

A técnica da ponderação é apresentada a partir das ideias de Alexy e Barroso. Os dois autores sustentam que a utilização da técnica deve seguir uma série de três passos, diferenciando, contudo, qual o conteúdo exato de cada um destes passos. Explicadas as ideias de ambos, propõe-se uma sistemática que busca combinar as teorias apresentadas, de forma a contemplar as preocupações levantadas por cada um dos autores.

Uma vez que a ponderação, na visão dos autores nos quais se baseia o presente trabalho, é uma técnica a ser utilizada no conflito entre princípios, faz-se uma análise da distinção entre princípios e regras, a fim de identificar qual a natureza jurídica da norma da inviolabilidade domiciliar. Feita a verificação de que a inviolabilidade domiciliar é uma regra,

são apontados quais os princípios que estão em conflito na discussão do problema do presente trabalho – de um lado, o princípio da segurança pública, e, de outro, os princípios da proteção à intimidade e à privacidade.

No quarto capítulo do trabalho são trazidos os resultados de levantamento feito junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através do qual se buscou verificar o tratamento dado à questão da entrada forçada em domicílio nos casos de tráfico de drogas pelas diferentes câmaras do tribunal. Coletados os dados das decisões proferidas durante o primeiro semestre de 2016, observou-se que há uma grande disparidade entre as decisões proferidas pela 3ª Câmara Criminal e aquelas proferidas pela 1ª Câmara Criminal e pela 2ª Câmara Criminal.

A situação verificada preocupa, uma vez que a divergência entre órgãos de um mesmo tribunal afeta a segurança jurídica. Em muitas situações, o réu, se tiver a sorte de ter seu processo distribuído à 3ª Câmara Criminal, acabará por ser inocentado. Se, por outro lado, o sistema determinar a distribuição a uma das duas outras câmaras do tribunal que lidam com a matéria, sua probabilidade de condenação será muito maior. Embora a atividade jurisdicional seja sempre envolta por um certo grau de subjetividade, a distância existente entre os julgadores do tribunal, mesmo em questões de direito, demonstra a necessidade de se estabelecer diretrizes mais claras para as decisões. Frisa-se que esta divergência constatada não prejudica apenas aqueles que estejam respondendo a processos criminais, mas também os envolvidos na persecução dos delitos. Afinal, como deverá agir o policial ao se defrontar com determinada situação se, conforme uma das câmaras do tribunal, certa medida é ilegal, enquanto que, para as demais, a mesma medida é considerada aceitável?

Outro ponto que se identificou durante o levantamento foi uma elevada quantidade de decisões tomadas pelas duas primeiras câmaras do TJRS nas quais utiliza-se, para a justificação da medida de entrada forçada em domicílio, o resultado desta mesma medida. Essa justificação pelo resultado já foi objeto de análise pelo STF no Recurso Extraordinário supramencionado, tendo sido decidido que não é adequada. Embora a decisão do STF só tenha sido publicada em maio – próximo ao final do período englobado no levantamento –, já havia notícia anterior de seu conteúdo, já que a decisão é do ano de 2015, pelo que seria possível esperar uma mudança no posicionamento do TJRS. Durante nosso levantamento, não foi possível observar nenhuma alteração nas decisões do TJRS após a

publicação da decisão. Fica em aberto, contudo, a possibilidade de realização de estudo complementar acerca do tema, uma vez que, em razão da data de elaboração do presente trabalho, não foi possível verificar se houve alteração nas decisões do TJRS no semestre seguinte à publicação da decisão do STF.

Na última parte, o trabalho se propôs a aplicar os conceitos anteriormente expostos em quatro situações modelo, extraídas a partir daquelas verificadas durante o levantamento feito, a fim de tentar contribuir para a discussão acerca da melhor solução jurídica para cada uma destas situações. Concluiu-se que a denúncia anônima não pode ser utilizada para justificar a entrada forçada em domicílio, uma vez que a medida não é nem adequada, nem necessária – tampouco, ainda, proporcional. Comparando a situação com outros casos em que há prejuízo aos direitos individuais, verificou-se que entender em sentido contrário seria atribuir à denúncia anônima poder de redução da garantia da inviolabilidade domiciliar ao mesmo tempo em que não se lhe reconhece este poder no caso de medidas com grau semelhante ou inferior de prejuízo aos direitos fundamentais.

Em relação à denúncia identificada, argumentamos pela existência dos mesmos problemas do que na denúncia anônima – quais sejam, ausência de adequação, necessidade e proporcionalidade –, ainda que em menor grau. Entendemos que a medida igualmente não deve ser considerada suficiente para servir como justificativa exclusiva para a decisão de entrada forçada em domicílio nos casos em questão, especialmente pela ausência de urgência na situação.

Quanto aos casos de fuga anterior do suspeito, advertimos para a necessidade de separação dos casos onde há mera execução do ato de correr daqueles onde há presença de outros elementos indicativos de prática delitiva. Entendemos que a medida de entrada forçada em domicílio é adequada e necessária em ambos os casos. No entanto, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, argumentamos que não há proporcionalidade na medida de entrada domiciliar quando a única ação executada é a suposta fuga, por ausência de ilegalidade na conduta. Nos demais casos, sustentamos que a medida deve ser considerada legal – ressalvando, contudo, o problema encontrado na prática jurídica quanto à confiabilidade dos relatos policiais.

A última situação analisada foi a da observação anterior do local pela força policial. Também aqui entendemos pela adequação da medida. No entanto, não visualizamos

a necessidade da medida – exceto nos casos onde há razões para o policial suspeitar que a observação foi detectada pelos observados. Assim, argumentamos pela ilegalidade da medida nos casos gerais, e pela sua legalidade quando existente a suspeita de detecção do investigador por parte do investigado.

Em nosso entendimento, os posicionamentos aqui trazidos contribuem para uma maior proteção ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, garantindo a preservação de seu núcleo essencial. Ao mesmo tempo, buscam evitar a excessiva limitação do direito de investigação,

Por fim, cabe ressaltar que as argumentações aqui trazidas não tem por objetivo encerrar a discussão acerca do tema. Evidentemente, posições contrárias existirão, e certamente haverá argumentos para defendê-las. O que se pretende com este trabalho é apresentar nossa posição, bem como seus fundamentos, a fim de qualificar o debate de tema que é, no direito brasileiro, bastante recente. A continuidade da discussão acerca do apresentado é fundamental para que possa chegar a soluções adequadas, de forma a respeitar tanto os direitos individuais em jogo quanto o desejo social por maior segurança.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AVOLIO, Francisco Torquato, **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do domicílio**. São Paulo: Editora Método, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Código penal comentado**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - SECRETARIA GERAL (Org.). **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Bosch, 1950.

CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada: tutela a la intimidad**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2007.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Bogotá: Temis, 2000.

ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal: de acordo com as Leis n°s 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007**. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FREGADOLLI, Luciana. **O Direito a intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORALES, Ricardo Martin, Entrada em domicilio por causa de delito flagrante (a propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996), in **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 1, Granada: Universidad de Granada, 1999. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01.htm>. Acessado em: 12 de novembro de 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional e Inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. **Revista de Direito Administrativo**, v. 199, Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 21-57.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo, Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação, in Urbano Zilles (coord.), **Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos**, Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 99, Brasília: Senado Federal, 1988, p. 9-18. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181857>>. Acessado em: 10 de agosto de 2016.

WEINMANN, Amadeu de Almeida; WEINMANN, Rejane, in BONATO, Gilson (org.), **Processo Penal, constituição e crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

Legislativas

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acessado em: 20 de agosto de 2016.

_____, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acessado em: 21 de agosto de 2016.

_____, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acessado em: 20 de agosto de 2016.

_____, **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>. Acessado em: 20 de agosto de 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 22 de agosto de 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acessado em: 21 de agosto de 2016.

_____, **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acessado em: 20 de agosto de 2016.

_____, **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de setembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 2 de setembro de 2016.

_____, **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em: 2 de setembro de 2016.

_____, **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acessado em: 22 de outubro de 2016.

_____, **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acessado em: 21 de agosto de 2016.

ESPAÑA, **Constitución Española**, de 29 de dezembro de 1978. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acessado em: 16 de setembro de 2016.

IX CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, Colômbia, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acessado em: 22 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em: 22 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acessado em: 22 de agosto de 2016.

PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acessado em: 16 de setembro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Resolução nº 01/98**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/>>. Acessado em: 10 de novembro de 2016.

Jurisprudenciais

MENDES, Gilmar Ferreira, **RE 603.616/RO** (voto do relator). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acessado em: 20 de julho de 2016.

PITREZ, José Antonio Cidade. **Apelação Crime nº 70063917421** (voto do relator). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70063917421&ano=2016&codigo=1042811>. Acessado em: 17 de novembro de 2016.

TOVO, João Batista Marques. **Apelação Crime nº 70040507428** (voto do relator). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70040507428&ano=2016&codigo=575692>. Acessado em: 10 de novembro de 2016.

_____, **Apelação Crime nº 70068350453** (voto do relator), Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul, 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068350453&ano=2016&codigo=484246>. Acessado em: 10 de novembro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime nº 70040507428**. Apelante: Gilvani Cordeiro Pacheco. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador João Batista Marques Tovo. Terceira Câmara Criminal. Julgado em: 20 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acessado em: 08 de outubro de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 53.134/RJ**. Recorrente: Gonçalo Nuno Jansen Verdades Brecha de Carvalho. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Relator para acórdão: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgado em: 17 de março de 2015. Publicado em 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 15 de novembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2024**. Requerente: Governo do Estado de Mato Grosso do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 03 de maio de 2007. Publicado em 22 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: 14 de novembro de 2016.

_____, **HC nº 82.788/RJ**. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em: 12 de abril de 2005. Publicado em: 02 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: 1º de novembro de 2016.

_____, **HC 88.240/SP**. Impetrante: João Maria Carneiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em: 07 de outubro de 2008.

Publicado em: 24 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: 05 de novembro de 2016.

_____, **MS nº 23.595/DF MC**. Impetrante: Amaury Perez. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico); Celso Russomano. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 17 de dezembro de 1999. Publicado em 01 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: 1º de novembro de 2016.

_____, **RE 603.616/RO**, Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em: 05 de novembro de 2015. Publicado em: 10 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: 20 de julho de 2016.