

A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NO CONTEXTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Gustavo Araujo Ribeiro

Graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.

Resumo – o tratamento da casa enquanto asilo inviolável foi positivado como direito fundamental pelo constituinte de 1988. No entanto, a garantia em questão não se trata de direito absoluto, eis pode ser afastada, dentre outras hipóteses, em situação de flagrante delito. Este, contudo, no crime de tráfico de drogas, pode se dar a qualquer momento enquanto não cessada a permanência. Em razão da dificuldade de aferição da ocorrência, ou não, de situação de flagrante delito no interior de um imóvel, visando a dirimir controvérsias em âmbito doutrinário e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu como requisito para validade do ingresso forçado a presença de fundadas razões. Entretanto, por força da abstração do requisito em questão, subsiste um cenário marcado por decisões judiciais conflitantes, o que acaba por gerar um contexto de insegurança jurídica.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Inviolabilidade domiciliar. Flagrante delito. Tráfico de drogas.

Sumário – Introdução. 1. A garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar e o flagrante delito no crime de tráfico de drogas. 2. Tema n. 280 do Supremo Tribunal Federal: a tentativa de consolidação interpretativa. 3. O Superior Tribunal de Justiça e os requisitos (in)constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de abordar o entendimento dos Tribunais Superiores diante da difícil tarefa de compatibilizar a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, disposta no art. 5º, XI, da Constituição da República, com as situações de flagrante delito, excepcionadas pelo próprio texto constitucional, no contexto do crime de tráfico de drogas.

Visando a propiciar uma melhor compreensão sobre o tema, no primeiro capítulo, busca-se apreciar detidamente o referido dispositivo constitucional, destacando-se o seu núcleo essencial e as hipóteses que o excepcionam. Somado a isso, analisa-se o crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, considerando as questões atinentes à sua natureza, a fim de propiciar uma clara percepção sobre o embate.

No segundo capítulo, perquire-se o entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais até o julgamento do RE n. 613.606/RO por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, pretendendo conferir evolução à interpretação até então conferida, cunhou o requisito da presença de “fundadas razões” para o ingresso forçado em casos de flagrante delito. Procura-

se, em concomitância, abordar os efeitos esperados pela Corte em relação à sociedade civil e aos agentes de segurança pública.

Ato contínuo, no terceiro capítulo, pretende-se demonstrar os divergentes posicionamentos sobre o tema por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual possui decisões conflitantes entre si. Objetiva-se, também, apontar o esforço da Corte Superior de inculpir novos requisitos para que se valide um ingresso forçado, bem como a postura do Supremo diante de tal tentativa.

Cabe destacar que o tema é recorrentemente objeto de apreciação por parte dos Tribunais, e a jurisprudência tem se mostrado conflituosa, situação que merece atenção, uma vez que diz respeito a uma garantia constitucional e a sua flexibilização.

A pesquisa é desenvolvida pelo método indutivo, uma vez que o pesquisador se vale de um conjunto de decisões judiciais, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de se obter um panorama do entendimento jurisprudencial sobre o tema do trabalho. Ademais, a análise da mencionada jurisprudência é feita, imprescindivelmente, acompanhada de recortes teóricos e legais, motivo pelo qual a utilização de doutrina específica e da legislação é forçosa.

Nessa perspectiva, por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, valendo-se o pesquisador da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR E O FLAGRANTE DELITO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Em conformidade com as constituições brasileiras pretéritas, mas veementemente influenciada pelo contexto histórico de sua promulgação, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) preocupou-se em estabelecer normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Essas, por seu turno, possuem aplicabilidade em relações de planos vertical, Estado-indivíduo, e horizontal, indivíduo-indivíduo.

Na perspectiva vertical, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos e as garantias fundamentais possuem função dúplice de proteção do indivíduo em relação ao Estado:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera

jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) [...].¹

Sob essa ótica, o constituinte positivou como garantia individual, dentre outras, a inviolabilidade do domicílio, asseverando ser a casa “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.”²

A previsão, todavia, não é inédita no ordenamento jurídico pátrio, tampouco restringe-se ao texto original da Carta da República. Isso é o que se constata da Constituição Imperial, outorgada em 1824, que cuidou de proteger a casa de ingerências arbitrárias de *outrem*, nos seguintes termos:

art. 179. VII. 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.³

Na mesma perspectiva, em tratados internacionais dos quais do Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, há disposição expressa no sentido de resguardar o domicílio.

Todavia, atendo-se ao dispositivo da ordem constitucional vigente, infere-se que, em regra, só é possível penetrar em uma casa se houver consentimento do morador, sendo válido mencionar que a expressão “casa” não se restringe ao espaço em que o indivíduo reside. Isso porque a norma em questão visa à proteção da intimidade do sujeito, de modo que a extensão da inviolabilidade a endereços profissionais não abertos ao público em geral, a aposentos de ocupação coletiva e, até mesmo, a determinado logradouro utilizado por pessoa em situação de rua como lugar de morada, é entendimento já consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores.⁴

Como bem leciona Alexandre de Moraes:

[...] o conteúdo de bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

² BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 11 abr. 2023.

³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 251.445*, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03-08-202; RE 331.303 – AgRG/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10-02-2004; e, por fim, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 587.053/SC*, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020.

“casa”, cuja proteção constitucional é histórica, se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade (intimidade), e também envolve todos os relacionamentos externos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações sociais e culturais (vida privada). [...]”⁵

No entanto, a preocupação com a intimidade do ser humano e com a segurança familiar em face, principalmente, da atuação do Estado, não pode conduzir a garantia em comento a funcionar como um incentivo à prática delituosa, tampouco a impedir a prestação de socorro em contexto de perigo natural ou provocado.

Nesse viés, diferentemente dos direitos do brasileiro nato a não ser extraditado e de qualquer cidadão a não ser escravizado, o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar não é absoluto. A própria Carta da República dispôs, de forma expressa, circunstâncias excepcionais em que se mostra possível o ingresso forçado no domicílio, isto é, hipóteses em que o consentimento do morador é prescindível, quais sejam: determinação judicial, durante o dia; desastre ou prestação de socorro; e, por fim, flagrante delito.

Em que pese a permissão de violação domiciliar em casos de desastre ou para prestar socorro, certo é que as demais hipóteses trazidas pelo constituinte são demasiadamente mais corriqueiras. A razão para isso reside no fato de ser o cenário social brasileiro marcado por altos índices de criminalidade, conduzindo-se, assim, não apenas a uma série de buscas domiciliares pautadas em autorizações judiciais, como também a diversas situações de flagrância.

Nessa perspectiva, o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas) e com maior incidência entre a população carcerária do Brasil⁶, consiste em:

art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”⁷

Constata-se que o tipo penal colacionado alhures cuida-se de crime plurinuclear, haja vista que traz diversos verbos em seu núcleo, de modo que a execução de qualquer um dos verbos conduz, em tese, à consumação do delito. Somado a isso, a infração penal

⁵ MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: GEN, 2023.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *12º Ciclo*: Infopen Nacional: jan-jun 2022. Brasília, jun. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/AP/ap-jun-2022.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2023

⁷ BRASIL. *Lei n. 11.343/2006*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023

destacada acima trata-se de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, admitindo-se, desse modo, o flagrante a qualquer momento, como bem leciona Aury Lopes

Júnior:

é importante recordar que o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar (...) como já explicamos, enquanto o delito estiver ocorrendo (mater em depósito, guardar, ocultar etc), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independentemente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição)⁸.

Destarte, no contexto do crime de tráfico de drogas, a conjuntura excepcional de violação domiciliar em virtude da ocorrência de um delito no interior dele, diferentemente do caso de cumprimento de mandado judicial, demanda considerável grau de subjetividade do agente. Isso pois o ingresso deste só será regular se efetivamente houver uma situação flagrantial, sob pena de responsabilização e anulação dos atos praticados.

Impõe-se destacar que a discricionariedade sobre o ingresso, ou não, no domicílio não subsiste em ocasiões em que o agente ou a autoridade tem conhecimento do cometimento de um delito no interior do local, eis que, nesses casos, a violação é um dever. Em verdade, a discricionariedade existe em cenários de dúvida sobre a ocorrência, ou não, de um delito no interior do local, tendo em vista que nem sempre é possível haver certeza por parte do agente ou da autoridade.

Em vista disso e do mencionado contexto social criminoso, em especial da assídua prática dos delitos previstos na Lei de Drogas, o tema ora debatido é recorrentemente submetido à apreciação dos Tribunais Superiores. Estes, entretanto, têm decisões que não permitem a solidificação de um entedimento cristalino sobre as circunstâncias fáticas que permitem o ingresso forçado em situação de flagrante delito, como restará demonstrado no capítulos subsequentes, o que proporciona não somente uma insegurança jurídica aos indivíduos, como também coloca em risco a eficiência da persecução criminal.

2. TEMA N. 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A TENTATIVA DE CONSOLIDAÇÃO INTERPRETATIVA

O conflito objeto do presente trabalho foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em 2015, por meio do Recurso Extraordinário (RE) n. 603.616/RO, que

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 721.



originou o Tema n. 280, no qual a Corte Suprema firmou tese no sentido de que a licitude da entrada forçada em domicílio só encontraria respado legal quando presentes fundadas razões, posteriormente justificadas, indicativas de uma situação de flagrante delito no interior do imóvel, *in verbis*:

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.⁹

O cenário que precedia a edição do verbete colacionado alhures era marcado por uma aplicação autofágica do art. 5º, XI, da Carta Magna, na medida em que não se exigia dos agentes de segurança pública qualquer indicativo de certeza sobre uma situação de flagrante delito no interior de um imóvel, para que se reputasse válido o ingresso forçado. Assim, caso a situação flagrancial restasse confirmada, a prova era considerada lícita, independentemente das razões motivadoras da conduta policial.

A propósito, esse ponto foi destacado pelo Relator do RE n. 603.616/RO, Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que “pelo entendimento atualmente aceito na jurisprudência, se a situação de flagrante se confirma, qualquer controle subsequente à medida é dispensado”¹⁰, isto é, “não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na casa onde a diligência foi realizada.”¹¹

Com efeito, como dito, a própria aplicação do art. 5º, XI, da CRFB, no sentido de enquadrar situações de ingresso forçado com um flagrante fortuito à exceção do dispositivo constitucional em questão, acarretava uma autofagia. Isso porque a sua interpretação literal conduz à ideia de que a existência de um flagrante delito, ainda que descoberto mediante uma violação desmotivada, seria suficiente à validação desta, e ao se aplicar o comando constitucional para validar um ingresso forçado nesses moldes, esvazia-se o núcleo essencial que se visa a proteger, qual seja, a intimidade do indivíduo.

Diante desse quadro, preocupou-se a Corte em conferir entendimento evolutivo à inviolabilidade domiciliar, recrudescendo tal garantia constitucional. Isso, contudo, sem

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 603.616*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

¹¹ *Ibid.*

minar a atuação dos agentes de segurança pública, os quais supostamente atuariam com maior segurança em situações que demandassem a aferição da existência, ou não, de um flagrante delito, na ótica do Relator.

Cumprе destacar que a atuação “ativa” do STF decorreu, notadamente, da omissão do constituinte originário ao editar o inciso XI do art. 5º, cuja redação não pormenoriza a exceção do flagrante delito, como o fez o legislador ordinário em 1941, ao tratar da busca domiciliar. Esta, prevista no art. 240, §1º, do Código de Processo Penal (CPP), cuja realização demanda ordem judicial, foi objeto de detido trato legislativo, já que estabelece a necessidade de “fundadas razões” para a sua realização, diferentemente do texto constitucional vigente, que nenhum requisito exige para os casos de flagrante delito.

Ora, se a realização de uma busca domiciliar nos moldes do previsto pelo Código de Processo Penal demanda a presença de “fundadas razões” e está condicionada a uma ordem judicial, não seria razoável que o ingresso forçado do art. 5º, XI, da CRFB, realizado sem mandado judicial, fosse perpetrado sem qualquer indício de uma situação de flagrante delito.

Dessa forma, valendo-se da expressão empregada no §1º do art. 240 do CPP, por meio do Tema n. 280, o STF cunhou entedimento pela exigência de uma justifica prévia para o ingresso sem consentimento, rechaçando-se a possibilidade de se legitimar o ingresso em razão da constatação de situação de flagrante após a violação, a qual imporia o reconhecimento da ilicitude de eventuais provas produzidas.

Contudo, como consignado em seu relatório-voto, o Ministro Gilmar Mendes já previa que a solução que à época se conferia não colocaria fim à questão, tampouco assim pretendia, pois a adoção de um conceito jurídico indeterminado— “fundadas razões” — como requisito à validade do ingresso forçado demanda esforço interpretativo e, como todo conceito indeterminado, é passível de múltiplas interpretações, as quais, em matéria de processo penal, são obtidas e defendidas de acordo com o interesse de cada uma das partes, seja de acusação ou de defesa.

Confira-se, por oportuno, as palavras do Ministro sobre a perspectiva de subsistência do conflito entre a inviolabilidade domiciliar e as hipóteses de flagrante delito, mesmo após a edição do Tema n. 280:

[...] a solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução fundadas razões demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário [...]



Registre-se não se desconhecer que a decisão proferida pela Corte Suprema nos autos do RE n. 613.606/RO trata-se de um marco a respeito do tratamento do domicílio como asilo inviolável, já que a partir dela sedimentou-se a possibilidade de contestação de um ingresso forçado desprovido de razões que o motivassem, afastando-se do entedimento até então vigente, o qual reputava lícita qualquer violação domiciliar que resultasse no descobrimento de uma situação flagrancial.

De igual modo, a interpretação dada pela Corte passou a conferir maior segurança ao agente de segurança pública em seu ofício, uma vez que este, demonstrando a existência de “fundadas razões” que tenham motivado o ingresso forçado, desde que elas sejam razoáveis, ainda que não se depare com a esperada situação flagrancial, não será responsabilizado.

Entretanto, como restará demonstrado no capítulo subsequente, a saída encontrada ainda aparenta ser insuficiente à solução da questão.

3. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS REQUISITOS (IN)CONSTITUCIONAIS

Como asseverado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE n. 606.616/RO¹², que originou o Tema n. 280 de Repercussão Geral, a fixação do critério de “fundadas razões” como requisito para o ingresso forçado não esgotaria todos os problemas, embora representasse um avanço jurisprudencial. Conferindo razão ao Ministro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de suas Turmas e no exercício de sua competência recursal, apresenta julgados conflituosos entre si quanto à aferição da presença, ou não, de justa causa, e, em certos casos, foi além, estabelecendo novos requisitos.

De plano, quanto à conflituosa jurisprudência, curiosa a situação em que a Sexta Turma da Corte Superior estabeleceu verdadeiro paradoxo sensorial ao apreciar o HC n. 423.838¹³ e o REsp n. 1.865.363¹⁴, eis que, no primeiro, proferiu decisão reconhecendo a validade de ingresso forçado por terem os policiais sentido forte odor de entorpecentes

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 606.616/RO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2023.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *HC n. 423.838/SP*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532787517/habeas-corpus-hc-423838-sp-2017-0288916-6>>. Acesso em: 05 set. 2023.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *REsp n. 1.865.363*. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000556863&dt_publicacao=29/06/2021>. Acesso em: 05 set. 2023.

proveniente do interior da residência, nos seguintes termos:

PENAL.(...) FORTE ODOR DE MACONHA. NERVOSISMO DO PACIENTE. RAZÃO PARA REALIZAR A BUSCA NO IMÓVEL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK(286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME. 1. Consta nos autos que os policiais perceberam o nervosismo do paciente e que ao chegarem à residência, já sentiram um forte odor de maconha, razão pela qual fizeram a busca dentro da residência. 2. Agravo regimental improvido.¹⁵

Nos autos do recurso especial mencionado, porém, reputou como insuficiente à violação domiciliar o fato de os policiais terem avistado a manipulação de drogas no interior do imóvel. Confira-se trecho da ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 12G (DOZE GRAMAS) DE COCAÍNA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM DENÚNCIA ANÔNIMA E EM ATITUDE SUSPEITA DOS ACUSADOS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. (...) apoiado em mera denúncia anônima e no fato de que os policiais, de fora, avistaram os acusados no interior da casa manipulando material, não traz contexto fático que justifica a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial, como no caso dos autos. 2. Agravo regimental improvido.¹⁶

Em recente decisão, todavia, a mesma Sexta Turma proferiu decisão anulando provas obtidas a partir do ingresso forçado em um domicílio sinalizado por cão farejador e após a abordagem de um suposto usuário de drogas, sustentando a imprescindibilidade de outro elemento concreto indicador da necessidade de imediata ação policial naquele momento¹⁷. A propósito, a referida Turma possui entendimento consolidado no sentido de que denúncia anônima sobre a prática do crime de tráfico de drogas e a fuga do suspeito para o interior da residência não possibilitam a violação domiciliar.¹⁸

Esse firme entendimento, porém, não encontra suporte no Tema n. 280 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que neste, reitera-se, a Corte Suprema consolidou orientação no sentido da validade do ingresso forçado quando presente fundadas razões, comprovadas

¹⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *AgRg no HC n. 729.836/MS*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200758316&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 set. 2023.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *AgRg no REsp n. 1.729.391/RS*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/processo/dj/documento?data_pesquisa=26/11/2018&seq_publicacao=15646&seq_documento=20424396&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=null>. Acesso em: 05 set. 2023.

posteriormente, excluindo-se, de plano, a possibilidade de se valer o agente tão somente de uma denúncia anônima. Logo, em havendo denúncia anônima e a fuga do suspeito, presentes fundadas razões para afastar a inviolabilidade domiciliar, eis que a fuga complementa a denúncia anônima e, por consequência, cumpre o dedido pelo Supremo. Em outras palavras, não há qualquer requisito no Texto Maior sobre a imprescindibilidade de se realizar investigações prévias quando houver denúncia anônima.

Exatamente nesse sentido, a Quinta Turma do STJ, em decisão de março de 2023, nos autos do AgRg no HC n. 786.579/MG¹⁹, reputou pela presença de fundadas razões e, por conseguinte, como lícito o ingresso forçado em domicílio para o qual indivíduos, na posse de drogas, tentaram fugir durante abordagem policial.

O entendimento da Sexta Turma, no sentido da necessidade de diligências prévias mesmo quando presente circunstância de fuga do indivíduo, já foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n. 1.447.374/MS²⁰, em decisão monocrática do Min. Alexandre de Moraes, de agosto de 2023, na qual o ministro apontou que a ausência de diligência investigatória prévia não implica em impossibilidade de ingresso forçado, quando presente outro elemento capaz de corroborar com a denúncia anônima, e, no caso, tal elementos foi justamente a fuga do suspeito.

Em concomitância, cumpre destacar outra questão que é tema recorrente no contexto de ingresso forçado em crimes de tráfico de drogas, qual seja, o consentimento do morador, pois também previsto pelo constituinte originário. Cuida-se, em verdade, não propriamente de uma exceção à inviolabilidade, haja vista que aquele que tem o ingresso consentido não está a violar o domicílio, pois a sua entrada foi autorizada, diferentemente das demais situações tratadas no inciso XI do art. 5º da CRFB²¹.

Ocorre que, no bojo do HC n. 598.051/SP²², em que se discutia justamente uma situação de consentimento para entrada na residência, a Sexta Turma do STJ não se restringiu a aplicar o Tema n. 280 do STF, ela foi além. Isso pois concluiu que, no caso então sob julgamento, o ingresso em domicílio foi ilegítimo, não havendo elementos que permitissem concluir pela efetiva anuência do morador. Na decisão, entenderam os ministros pela

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *AgRg no HC n. 786.579/MG*. Relator: Ministro Rogerio Schietti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/habeas-corpus-hc-78579-mg-2015-0244129-5>>. Acesso em: 05 set. 2023.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1.447.374/MS*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360620684&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2023.

²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *HC n. 598.051/SP*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/policiais-gravar-autorizacao-morador.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2023.

necessidade de gravação audiovisual da anuência de entrada no local, a fim de aferir se este se deu livremente, determinando, ainda, a todos os entes federativos a implementação de medidas que possibilitem a referida captação nos casos de busca domiciliar forçada, *in verbis*:

[...] 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. (...) 13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.[...]

Não se desconhece que a decisão em questão foi proferida visando à diminuição da criminalidade em geral, tanto por conferir maior robustez a eventual conjunto probatório que fosse municiado com a gravação audiovisual da anuência, por exemplo, assim como inibindo eventuais abusos por parte dos agentes de segurança pública, a quem caberia comprovar que o ato de constimento se deu de forma livre.

Certo é, porém, que o texto constitucional não trouxe qualquer requisito nesse sentido, isto é, o constituinte não tarifou a forma como deve ser dada a anuência, tampouco como deve se dar o seu registro, tendo a Turma, portanto, desrespeitado os requisitos constitucionais previstos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal²³, na medida em que restringiu o alcance das exceções à inviolabilidade domiciliar. Há de se considerar, em concomitância, que o sistema probatório adotado pelo ordenamento processual penal brasileiro é o do livre convencimento motivado, de modo que a tarifação probatória pretendida, embora dotada de boas intenções, não encontra compatibilidade com a Carta da República. Sobre o sistema de avaliação da prova adotado, bem leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...] é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.²⁴

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

²⁴ NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647385. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>> Acesso em: 05 set. 2023.



Sob essa ótica, em razão do inconformismo do órgão de acusação, o *decisium* em questão chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário n. 1.342.077/SP²⁵, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Nessa oportunidade, deu-se parcial provimento ao recurso, para reformar a decisão do STJ quanto às obrigações de fazer impostas aos entes federativos, consignando serem inexistentes os pretendidos requisitos tanto no texto constitucional quanto no Tema 280 de Repercussão Geral.

Verifica-se, sob essa ótica, que o Tribunal da Cidadania não possui um entendimento pacífico no cotejo das “fundadas razões” autorizadoras do ingresso forçado em domicílio, na medida em que há clara divergência entre os órgãos fracionários quanto ao tema. Consta-se, também, que a Sexta Turma da Corte tentou, em duas oportunidades, recrudescer a garantia constitucional tratada, ao cunhar outros requisitos para os casos de consentimento do morador e flagrante delito, mas, em grau recursal, o Supremo toliu a iniciativa do Tribunal Superior, sob o fundamento de que o decidido não encontrava guarida na Carta da República.

Com efeito, subsiste um cenário marcado por uma insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vislumbra-se um panorama de precedentes marcado por entendimentos dissonantes entre os Tribunais Superiores e, até mesmo, entre as Turmas do próprio Superior Tribunal de Justiça, o que conduz a uma inegável insegurança, tanto por parte da sociedade civil quanto por parte dos agentes de segurança pública.

A existência de uma jurisprudência coerente e estável, notadamente em matéria de direito fundamental, é elemento imprescindível em um estado democrático de direito. A propósito, nesse sentido caminha o sistema processual brasileiro, haja vista que a Lei n. 13.105 de 2015, que trouxe o vigente Código de Processo Civil (CPC), preocupou-se em expressamente prever o dever de uniformização da jurisprudência, na forma do art. 927 do referido Diploma processual. Impende rememorar, ainda, que o CPC possui aplicação subsidiária em relação ao Código de Processo Penal.

Indubitavelmente, a proteção da intimidade por meio da inviolabilidade da moradia não pode servir como manto da impunidade ou como estímulo ao cometimento de delitos.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1.342.077/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf> >. Acesso em: 05 set. 2023.

Por outro lado, não pode o Estado, sob o pretexto de assegurar a eficácia da norma penal, infringir a intimidade do indivíduo quando ausente hipótese justificadora. Precisa-se, assim, que balizas legais sejam demarcadas, garantindo-se previsibilidade na persecução criminal e, sobretudo, proteção ao direito fundamental em questão.

Nessa toada, a solução parece advir de uma sistematização da jurisprudência. Para tanto, parece produtora a fixação de critérios objetivos de aferição de situações que autorizem o ingresso forçado, tal qual ocorreu com o princípio da bagatela, ou da insignificância, cuja aplicação está restrita aos casos que cumpram os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

De igual modo, não se desconhece a indispensabilidade do aperfeiçoamento dos agentes de segurança pública, com o intuito de cessar as recorrentes violações arbitrárias de residências, as quais ocorrem majoritariamente em comunidades periféricas, ou seja, em contexto de vulnerabilidade social.

Implementando-se as medidas supracitadas, é crível que haja um cenário de harmonia entre o interesse investigativo e punitivo estatal, e a proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 11 abr. 2023.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023

_____. *Lei n. 11.343/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 251.445*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRG no RE n. 331.303/PR*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[Acesso em:](#)>



<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 606.616/RO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *AgRg no HC 587.053/SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=113374840®istro_numero=202001338780&peticao_numero=202000448071&publicacao_data=20200814&formato=PDF>. Acesso em: 11 abr. 2023

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *HC n. 423.838/SP*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532787517/habeas-corpus-hc-423838-sp-2017-0288916-6>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *REsp n. 1.865.363*. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000556863&dt_publicacao=29/06/2021>. Acesso em: 05 set. 2023

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *AgRg no HC n. 729.836/MS*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200758316&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *AgRg no REsp n. 1.729.391/RS*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/processo/dj/documento?data_pesquisa=26/11/2018&seq_publicacao=15646&seq_documento=20424396&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=null>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *AgRg no HC n. 786.579/MG*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/habeas-corpus-hc-78579-mg-2015-0244129-5>>. Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *12º Ciclo*: Infopen Nacional: jan-jun 2022. Brasília, jun. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/AP/ap-jun-2022.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.



MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: GEN, 2023

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647385. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>> Acesso em: 05 set. 2023