

FUNDADAS RAZÕES PARA REALIZAÇÃO DE BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL

MELLO, Marciello Damiano de Oliveira¹

REZENDE, Guilherme Carneiro²

RESUMO:

Este estudo tem o objetivo de refletir sobre o que são fundadas razões para a realização de busca domiciliar sem mandado judicial. Para tanto, inicialmente, é imperioso citar os princípios, regras, tratados e doutrinas que garantem o direito à inviolabilidade do domicílio. Posteriormente, cabe uma análise comparada dos julgados pelos tribunais superiores sobre o tema. Isso se faz necessário devido à subjetividade que o permeia, fato que, inegavelmente, gera muitas arbitrariedades, mormente contra as camadas mais suscetíveis da sociedade. Além disso, causa insegurança jurídica na atuação dos agentes de segurança pública, pois sem uma prévia delimitação das situações que autorizem ou não a busca domiciliar sem mandado judicial, estes ficam sujeitos a incidirem em crime de abuso de autoridade, além de responsabilidade civil e administrativa. O tema desperta discussões, ainda em construção jurisprudencial e com inúmeras decisões recentes, por vezes, controversas. Sendo assim, busca-se entender o núcleo básico das decisões a fim de proteger a inviolabilidade do domicílio sem deixar de garantir o direito à segurança pública e dar segurança jurídica aos agentes estatais. Ademais, verifica-se assunto relevante à comunidade acadêmica, uma vez que serão os futuros operadores do direito; aos que já o operam como juízes, promotores, policiais e agentes do estado como um todo; à população em geral, pois, todo cidadão está sujeito à busca domiciliar em algum momento de sua vida, e sabendo dos requisitos que a autorizam, poderá questioná-la e buscar a responsabilidade do Estado e de agentes que, eventualmente, realizem-na de forma ilegal.

PALAVRAS-CHAVE: Busca domiciliar. Fundadas razões. Inviolabilidade do domicílio. Segurança pública.

FOUNDED REASONS FOR CARRYING OUT A DOMICILE SEARCH WITHOUT A JUDICIAL WARRANT

ABSTRACT:

This study aims to reflect on what are the justifiable reasons for conducting a warrantless home search. To do so, it is essential to mention the principles, rules, treaties, and doctrines that guarantee the right to the inviolability of the domicile. Subsequently, a comparative analysis of rulings by higher courts on the subject is warranted. This is necessary due to the subjectivity that permeates it, which undeniably leads to many arbitrary actions, especially against the most vulnerable layers of society. Moreover, it causes legal uncertainty in the actions of law enforcement agents since, without prior delineation of the situations that authorize or do not authorize a warrantless home search, they are liable to commit the crime of abuse of authority, as well as civil and administrative liability. The subject sparks discussions still under construction in case law, with numerous recent and sometimes controversial decisions. Therefore, the aim is to understand the core of these decisions in order to protect the inviolability of the domicile without neglecting the right to public security and providing legal certainty to state agents. Additionally, this topic is relevant to the academic community, as they are the future legal operators; to those who already operate within the legal system as judges, prosecutors, police officers, and state agents as a whole; and to the general population, as every citizen is subject to a home search at some point in their life, and by knowing the requirements that justify it, they can question it and seek accountability from the State and agents who may conduct it illegally.

KEYWORDS: Home search. Well-founded reasons. Inviolability of the home. Public safety.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz – FAG. E-mail: marciellomdom@gmail.com.

² Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz – FAG. E-mail: guilhermec.rezende@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito à inviolabilidade do domicílio, corolário do direito à intimidade e à privacidade, é garantia fundamental e está previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988. Embora recente a Constituição, esse direito é muito antigo de raízes inglesas. Ainda, está expressamente mencionado nos textos constitucionais brasileiros anteriores, tanto do Império como da República, além de previsto em vários países espalhados pelo globo, por exemplo, China, Alemanha, EUA, Uruguai, Argentina, dentre outros.

No mesmo sentido, os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos - Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e Convenção Europeia de Direitos do Homem, também dispõem de dispositivos garantidores do direito à inviolabilidade do domicílio.

Não obstante, evidencia-se, que se trata de um direito muito caro a qualquer pessoa e a qualquer sociedade, intimamente interligada com o princípio da dignidade da pessoa humana. Basta ver a importância que lhe é dada por inúmeras nações de tempos mais remotos até os atuais.

Em que pese, nenhum direito é absoluto, o próprio texto constitucional prevê exceções em que se poderá mitigar o direito à inviolabilidade domiciliar. Conforme dispositivo constitucional, a regra da inviolabilidade se excetua no caso de autorização do morador, flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, ou ainda, durante o dia por ordem judicial (BRASIL, 1988).

Posto isto, a respeito de uma das exceções supracitadas, ou seja, o flagrante delito, em que reside a problemática do estudo aqui tratado.

Em outros termos, na maioria das vezes não há como ter certeza de que um crime está sendo praticado dentro de uma residência, pois se houvesse essa certeza não seria necessária a análise que aqui será realizada.

O Código de Processo Penal (CPP) não exige essa certeza e aduz em seu art. 240, § 1º, que a busca domiciliar se procederá quando fundadas razões a autorizarem.

No que se refere à busca domiciliar para prender alguém em flagrante delito ou apreender objetos ilícitos, pode haver um aparente conflito das garantias constitucionais, quais sejam o direito à inviolabilidade do domicílio e o da segurança, ambos podem ser extraídos do art. 5º, *caput*, da CF, além de expressos no inciso XI desse artigo, que trata do direito à inviolabilidade do domicílio e do art. 6º, *caput* - do direito à segurança.

As polícias brasileiras, em sua missão constitucional de garantir a ordem e a segurança pública, precisam prevenir e combater os crimes. Sendo assim, existe uma questão complexa: muitos crimes são cometidos dentro de residências.

A grande dificuldade reside em otimizar ao máximo o direito à segurança pública sem incorrer em desrespeitos às garantias fundamentais e individuais. Para tanto, é imprescindível delimitar de forma coerente o que podem ser consideradas fundadas razões autorizadoras da invasão do domicílio na busca da garantida da segurança pública. É exatamente esse o objeto do presente artigo, tentar esclarecer aos operadores do direito, acadêmicos e população em geral, o núcleo básico de fundadas razões e o que não se pode, de forma alguma, ser assim considerado.

Em relação ao Direito Penal, o Estado nasce da necessidade de se controlar as vinganças privadas, tomando para si o poder/dever de reprimir os crimes, punindo-os com penas proporcionais e efetivas. Para Lemgruber e Junior (2022), a razão de existir do Estado é para garantir vida digna aos cidadãos, o que decorre do exercício de direitos como a vida, liberdade, segurança, etc. Sendo que para efetividade de uns são necessários outros.

Por outro lado, o Estado é feito de pessoas, e pessoas falham constantemente. No intuito de cumprir esse dever, o Estado, na personificação de seus agentes, claro que em sua minoria esmagadora, acaba por abusar da autoridade, cometendo todo tipo de arbitrariedade e ingerências.

Desse fato, é que surge a necessidade de ter amplo controle, treinamento e segurança jurídica nas ações estatais enquanto age na busca da garantia do direito à segurança. Ora, não é nada plausível que, com intuito de garantir determinados direitos, o Estado fira outros de menor, igual ou maior peso.

Sob esse prisma, os agentes de segurança pública vivem, diariamente, um enorme dilema, saber, no caso concreto, e geralmente em poucos segundos, se estão diante de fundadas razões para penetrar na residência de alguém, sob pena de responsabilidades administrativas, penais e civis, ou se não estão diante dessa fundada razão, sob pena de não garantir eficazmente a segurança pública ou de não fazer cessar crime que esteja ofendendo o direito de outrem.

Diante das premissas apresentadas, justifica-se esse trabalho, pela quantidade de questões que têm chegado aos tribunais superiores, e pela difícil compreensão de requisitos mínimos para se garantir a segurança jurídica dos agentes estatais, assim como da própria população no que tange aos critérios para se reconhecer a existência de fundadas razões.

Após essa introdução, serão abordadas normas e bibliografias que tratam sobre os direitos e garantias até aqui apresentados e na sequência, uma análise comparativa de julgados

recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal, com o intuito de sistematizar tais decisões, facilitando assim, a compreensão dos que lidam com essas nuances.

2 DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

2.1 CONCEITO DE DOMICÍLIO

Inicialmente, cabe enfatizar o que é considerado domicílio para o direito. Conforme ressalta Brasileiro (2020), no âmbito do direito penal e processual, o conceito de domicílio é mais amplo do que o do previsto no art. 70, caput, do Código Civil. Para a doutrina e jurisprudência, o conceito de casa do art. 150, § 4º, Código Penal compreende qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, ainda que para permanência de poucas horas, compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade, portanto, também abrange esse conceito o consultório médico, escritório de advocacia, empresas do balcão para dentro, pátios, jardins, garagens, etc.

No mesmo sentido, Avena (2019), alega que a definição a ser utilizada deve ser a do art.150, § 4º, do CP e do art. 246 do CPP, que, em verdade, descrevem o mesmo conceito. Contudo, o autor traz outros exemplos interessantes, a saber: a gerência de um supermercado, não aberto ao público; pátio da casa, ainda que não tenha delimitação, mas tendo evidências de que compõe o ambiente da casa; veículo, no caso de cabine de caminhão, quando utilizada como dormitório em viagens longas; *trailers*, barracas, cabine de barco, *motor home* e afins, quando destinados à habitação.

2.2 HISTÓRICO E COMPARAÇÃO DO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

O direito à inviolabilidade do domicílio é histórico e se desenvolveu ao longo do tempo. Conforme citado pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, em um importante julgado sobre o tema, pelo qual foi fixada a Tese 280 do STF, no RE 603616/RO, que será apresentada posteriormente. O autor afirma que foi a partir da quarta emenda à Constituição dos EUA, em 1792, que a cláusula evoluiu (BRASIL, 2015).

Atualmente, vários países tratam dessa garantia em suas Constituições. Nessa mesma decisão, o Ministro compara as Constituições de determinados países, e expõe que, em alguns deles, afirma-se a proteção contra as buscas domiciliares arbitrárias, a regulamentação para expedição de mandados e os casos em que é possível penetrar de forma forçada em uma residência. É o caso das Constituições dos EUA, Argentina e China (BRASIL, 2015).

Nessa linha, também se compreende os sistemas de proteção de direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que dispõe em seu décimo primeiro artigo que todas as pessoas têm direito à proteção da lei contra ingerências, abusos ou arbitrariedades em sua vida privada, de sua família e de seu domicílio (BRASIL, 1992).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por sua vez, assenta que é direito de qualquer pessoa em ter respeitada a vida privada, familiar e o domicílio, que não pode ocorrer ingerência por autoridade pública no exercício de tais direitos, salvo se estiver previsto em lei, e for necessário em uma sociedade democrática para se garantir a segurança pública, nacional, para garantia da ordem, para prevenir infrações penais, o bem estar econômico, à proteção da saúde e da moral ou dos direitos e liberdades de terceiros (BRASIL, 1998).

Percebe-se que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê o direito à inviolabilidade do domicílio, mas tem previsão também de hipóteses de exceções para garantir a segurança pública e inclusive para prevenção das infrações penais, desde que previsto em lei.

Porém, nas palavras de Mendes (2015), há países que limitam a busca e apreensão, somente com mandado judicial, sem exceções, a exemplo, do Uruguai.

Ainda, explana o Ministro, que uma terceira linha de países cria reserva judicial para expedição de mandados de busca e apreensão e estabelece exceções para hipóteses em que é tolerado o ingresso forçado. É o caso do Paraguai, Angola, Alemanha, Portugal, Espanha e Japão.

Não obstante, sabe-se que, ainda antes da Constituição dos EUA, já se buscava garantir esse direito de vultoso prestígio, como se pode notar no RE 1.342.07/ SP em que o Ministro Alexandre de Moraes traduziu memorável citação de Conde Chatham, estadista britânico, do século XVIII, o qual destacou que mesmo o homem mais pobre pode desafiar a coroa quando estiver em sua cabana, mesmo que ela seja frágil, que trema quando o vento soprar, nela pode entrar a chuva ou a tempestade, mas não o Rei da Inglaterra (BRASIL, 2021).

No Brasil, a Carta Magna vigente, conhecida como *Constituição Cidadã*, salvaguardou esse direito de forma expressa no art. 5º, inciso, XI, CF/88, declarando a inviolabilidade do domicílio, ressalvados os casos de consentimento do morador, para prestar socorro ou em caso de desastre, durante o dia, com ordem judicial, ou ainda, no caso de flagrante delito (BRASIL, 1988).

Dado o exposto, muito embora os direitos e garantias geralmente se complementem, quando se trata de interesses de partes diferentes, pode haver colisão entre eles. É a partir do direito à inviolabilidade do domicílio, e de sua exceção no caso de flagrante delito, que acontece

o choque entre garantias, neste caso, com o direito a segurança pública e outros que serão demonstrados.

3 DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

3.1 HISTÓRICO DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

Ao estudar a evolução histórica do Direito Penal, nos primeiros semestres dos cursos de Direito, aprende-se que nos primórdios, existiu o que se chama de Período da Vingança Privada, naquela época as próprias vítimas é que aplicavam as penas, vingando-se das ofensas sofridas. Conforme relata Greco (2017), essa pena podia ser exercida também pelos parentes da vítima ou até mesmo pelo grupo em que tivesse inserida.

Naquele contexto, notava-se um grande problema para a efetivação da paz social, pois na vingança privada não existia proporcionalidade, se um homem matasse o filho de outro, ele se sentia no direito de matar a família inteira do autor. Se um homem roubasse uma ovelha de alguém, a vítima matava o rebanho inteiro daquele.

Posteriormente, a partir da lei de talião (olho por olho, dente por dente), tentou-se resolver o problema da proporcionalidade, agora, se um homem matasse o filho de outro, a vítima tinha o direito de matar apenas um filho do autor e não a sua família inteira. Segundo Nucci (2018), a lei de *talião* representou um avanço para as punições.

Entretanto, a sociedade foi evoluindo e, em meados do século XVIII, surgiram os filósofos contratualistas, sendo os mais conhecidos, Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau e Immanuel Kant. Mascaro (2018), em seu livro, faz uma análise dos pensamentos desses filósofos e afirma que, para Hobbes os homens se associam com intuito de resguardar suas vidas e seus direitos, para isso, renunciam seus plenos poderes em favor da paz, todos transferem parte de seus direitos em favor do estado, o qual deve garantir a vida e os direitos de todos, em síntese, garantir a segurança desses homens.

Ainda para o autor, Locke, ainda que refute as teses absolutistas de Hobbes, tinha uma filosofia política similar, na medida em que, na sua concepção a única forma de uma pessoa se abdicar de sua liberdade natural e viver em sociedade é concordando com outras pessoas e unir-se em comunidade, para viverem segura e pacificamente, confortável uns com os outros, gozando seguramente de suas propriedades.

Segundo as análises do autor sobre os filósofos, entende-se que, na visão de Rousseau a sociedade serve para proteger os bens dos ricos, mas que para resolver essa questão, teria que

achar uma forma de associação que proteja com toda força a pessoa e os bens de todos os associados, mas que mesmo com essa união todos permaneçam livres (MASCARO, 2018).

Dessas premissas, infere-se que um dos principais motivos para o que os autores chamem de contrato social, é a garantia não só da liberdade, mas também do direito à segurança da vida, dos bens e da paz social.

3.2 SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

Retornando aos dias atuais, o direito à segurança está previsto no preâmbulo, dispondo que os representantes do povo, reunidos em assembleia constituinte para instituir um Estado Democrático que se destina a assegurar inúmeros direitos sociais e individuais, dentre eles o direito à segurança (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, entre outros, o direito à segurança. Da mesma forma, o seu art. 6º, dispõe, como direito social, o direito à segurança.

O artigo 144, da CF, estabelece quais são os órgãos responsáveis pela segurança pública, a qual é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e patrimônio. Dentre os órgãos incumbidos dessa missão estão as Polícias Militares, as Polícias Civis, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária e Polícias Penais. No mesmo artigo, estão descritas as destinações desses órgãos, tais como, prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e a preservação da ordem pública (BRASIL, 1988).

Superada a breve introdução e conceituação dos direitos à inviolabilidade do domicílio e do direito a segurança pública, naquele englobado o direito à privacidade e à intimidade, neste o direito a paz social. Tratar-se-á a seguir do aparente conflito entre eles que se dá com a busca domiciliar.

4 CONFLITO ENTRE OS DIREITOS

Nas palavras de Mendes, a busca domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão dos crimes. Abusos podem ocorrer tanto no momento de se tomar a decisão de entrar forçadamente quanto na execução da busca (BRASIL, 2015).

De acordo com Tavares (2023), a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio não pode ser entendida como escudo para a prática de crimes em seu interior.

Segundo Lemgruber e Junior (2022), os direitos à liberdade e à segurança não se excluem, eles se complementam na medida em que o excesso de segurança suprime a liberdade e o excesso de liberdade prejudica a segurança.

Conforme destaca o Ministro no julgamento do RE 603616/RO de 2015, naquela época o STF adotava interpretação de que, caso esteja ocorrendo a prática de um crime permanente dentro de uma casa, é viável a violação do domicílio pelas forças de segurança, mesmo sem mandado judicial. No mesmo sentido, caminhava a jurisprudência do STJ. Não obstante, tal interpretação é insatisfatória.

Nesse entendimento, corrobora ainda que, o policial sem ter certeza de que um crime está ocorrendo, força a entrada em uma casa, caso se depare com uma situação de flagrante delito, efetua a prisão e tem seu dever cumprido, se não estiver ocorrendo flagrante, incorreu em violação de domicílio, trata-se de um incentivo muito perigoso, ou prende em flagrante ou responde nas esferas administrativa, penal e cível (BRASIL, 2015).

Assim, o que ocorria é que no caso de o policial se deparar com flagrante delito, o acusado era condenado. Se não houvesse flagrante, simplesmente alegaria que achava que estava ocorrendo um crime. Caso o juiz acatasse a tese do policial, esvaziaria o direito à inviolabilidade. Caso não acatasse, puniria um policial que acreditava agir de acordo com seu dever (BRASIL, 2015).

Por conseguinte, em um interessante debate, com a finalidade de estabelecer uma interpretação que garanta o direito da inviolabilidade do domicílio, e ao mesmo tempo, proteja os agentes de segurança, gerando orientações para a forma de atuação, os Ministros sob a relatoria de Gilmar Mendes, firmaram tese dispondo que a entrada forçada só é lícita, se houver fundadas razões que indiquem a ocorrência de flagrante dentro da residência, as quais devem ser justificadas, sob pena de responsabilidades do agente e de nulidade (BRASIL, 2015).

Percebe-se que, uma forma de garantir o controle da medida é submeter às razões da entrada forçada ao escrutínio do judiciário. Destarte, o policial deverá demonstrar os motivos que o levaram a entrar na casa, independente se ao adentrar, se deparar com flagrante delito ou não. Inclusive, o fato de eventualmente flagrar um crime, não tornará legítima a sua atuação.

Sendo assim, fixada a Tese 280 do STF, explanar-se-á sobre a responsabilidade penal de que trata a referida Tese.

5 ABUSO DE AUTORIDADE

A Lei nº13.869 de setembro de 2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade), visando tutelar a inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, XI, da CF/88, define, em seu artigo 22, o crime de violação de domicílio com abuso de autoridade, descrevendo-o da seguinte forma: é punível com pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa a conduta de invadir, adentrar ou permanecer em residência alheia de forma astúcia, clandestina ou sem consentimento do morador, sem mandado judicial ou quando ausentes as condições legais (BRASIL, 2019).

Em seu parágrafo 1º, o art. 22, ainda expõe situações equivalentes ao crime do caput, ou seja, casos em que o agente incorrerá nas mesmas penas, quais sejam, quem mediante violência ou grave ameaça, coage alguém a franquear-lhe a entrada no imóvel, ou quem cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar fora dos horários estabelecidos em lei (BRASIL, 2019).

Nessa seara, verifica-se que o sujeito ativo deste crime será sempre o agente público, pois trata-se de norma específica que comina pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, bem maior do que a pena do crime de violação de domicílio do art. 150 do CP, o qual prevê pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa (BRASIL, 2019).

No mesmo seguimento da Constituição e do Código de Processo Penal, a Lei de Abuso de Autoridade também tem previsão de exceções, enquanto naquelas as exceções se apresentam como possibilidades de mitigação do direito a inviolabilidade do domicílio, nesta se apresenta como exceção ao crime de violação de domicílio por abuso de autoridade, trazendo a expressão, fundados indícios, ao descrever que não haverá crime quando fundados indícios indicarem a necessidade de entrar na casa em razão de flagrante delito.

Cabe ressaltar que, para os agentes estatais não ficarem engessados, com medo de agir e até mesmo quando acreditam estar amparados pela mais estrita legalidade, o art. 1º, da Lei nº 13.869/19, traz como elemento subjetivo das condutas elencadas na referida lei um especial fim de agir, ou seja, para configuração de crime de abuso de autoridade o agente deve praticar a conduta com a finalidade específica de prejudicar alguém, beneficiar-se a si ou a terceiro ou por mero capricho ou satisfação pessoal. Logo, não sendo provado o especial fim de agir, não haverá o crime de abuso de autoridade (BRASIL, 2019).

Do mesmo modo, o art. 2º da mesma lei aduz que não configura abuso de autoridade a divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas (BRASIL, 2019). Tais dispositivos são oportunos para impedir que agentes estatais sejam condenados injustamente. Ora, se as próprias turmas de um mesmo tribunal divergem com frequência quando se trata de

stander probatório autorizadores de busca domiciliar, como exigir que policiais não tenham interpretações diferentes, inclusive, tendo que decidir com bem menos tempo de que dispõem os Ministros, além de, em tese, possuir menos conhecimento jurídico, tendo em vista que a maioria dos concursos de polícias militares têm como requisito de nível de escolaridade apenas o ensino médio.

Antes mesmo da nova Lei de Abuso de Autoridade, quando vigorava a antiga Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65), a jurisprudência já rechaçava a responsabilização criminal de magistrado pela mera divergência de interpretação, como se nota na APn 858/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgada em 24/10/18. Novamente, pode-se inferir que, se não pune a divergência entre magistrados, malgrado seria punir policiais por esse motivo (BRASIL, 2018).

Partindo dessa premissa, de que há divergência entre tribunais, turmas, ministros, juízes, entre outros. verificar-se-á, adiante, decisões dos Tribunais Superiores no julgamento de casos relacionados à busca domiciliar.

6 JULGADOS SOBRE AS FUNDADAS RAZÕES AUTORIZADORAS DE BUSCA DOMICILIAR

O tema, fundadas razões, para ingresso e busca no domicílio foi tratado em diversos julgados. Tal expressão, é um conceito aberto, inevitavelmente depende de uma interpretação subjetiva. Não obstante, o STF no julgamento do RE 603616/RO de 2015, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes firmou a tese 280, anteriormente citada nesta pesquisa.

A tese buscou limitar essa subjetividade ao estabelecer que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só será considerada legal quando for demonstrado que, antes mesmo da entrada, já existia fundadas razões que indicavam que dentro da casa ocorria situação de flagrante, sendo que tais razões devem ser justificadas posteriormente, sob pena de responsabilização do agente e de nulidade dos atos praticados.

No referido caso, entendeu-se lícita a busca domiciliar na residência de uma pessoa que, após informações de prática de traficância, estava sendo monitorada pela polícia e se encontrou com um segundo suspeito e após esse último suspeito deixar a residência do réu, foi abordado em seu veículo, e localizado certa quantidade de entorpecentes, sendo que este abordado relatou ter adquirido a droga na casa do réu. Diante disso, os agentes adentraram na residência e localizaram mais entorpecentes (BRASIL, 2015).

Na análise dos julgados sobre busca domiciliar, por vezes, deve-se também analisar julgados sobre busca pessoal, em que pese o primeiro instituto exija fundadas razões (art. 240, §1º, CPP) e o segundo fundadas suspeitas (art. 244, CPP), a busca domiciliar por óbvio deve ser efetuada com maior cautela, ocorre que ambos têm os mesmos requisitos, ou seja, devem se basear em circunstâncias concretas demonstradas *a posteriori*. Ademais, existem situações que a entrada no domicílio decorre da existência de fundadas suspeitas para a busca pessoal.

Nesse viés, interessante abordar a decisão do STJ no RHC 165982/PR, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em que se entendeu lícita a entrada na residência, mas ilícita a busca domiciliar. Naquele caso, em patrulhamento de rotina, os policiais avistaram uma pessoa com volume na cintura, que aparentava ser uma arma de fogo, fato que ensejou abordagem por parte da equipe policial. Todavia, a pessoa que seria abordada demonstrou nervosismo e se evadiu para o interior da residência, local em que foi abordado e em busca pessoal foi localizada uma arma de fogo, estando dentro da residência os policiais procederam à busca domiciliar e encontraram uma quantidade de entorpecentes. Na decisão, o STJ entendeu legal a entrada na residência para efetuar a busca pessoal, portanto lícita a prova quanto a arma de fogo, mas considerou ilícita a busca domiciliar e, conseqüentemente, ilícitas as provas referentes às drogas localizadas no interior da residência. Neste caso, aplicou a vedação a *fishing expedition*, ou pescaria probatória, que é a procura especulativa, sem alvo definido, isto é, a entrada na residência para determinada finalidade não concede salvo-conduto para vasculhá-la indistintamente (BRASIL, 2022).

Em outra comparação, em um dos julgados mais completo e citado quando se trata de busca pessoal, no qual foi relator o ministro Rogério Schietti Cruz, RHC nº 158580 – BA, julgado em 2022, considerou-se ilegal a abordagem realizada pela Polícia Militar a uma pessoa que carregava em sua mochila 72 porções de cocaína e 50 de maconha. Consignou-se situações que não são aptas a autorizarem nem mesmo a busca pessoal, tais como, as denúncias anônimas, o nervosismo, aparência como suspeita, intuições e impressões subjetivas que não possam ser demonstradas de maneira clara, concreta e palpável, motivadas, por exemplo, na experiência e pressentimento do policial (tirocínio). Ficou claro nessa decisão que, quando a abordagem for realizada de forma ilegal a eventual localização de ilícitos na posse do abordado, não legitima a atuação.

Outrossim, o STJ AgRg no AREsp nº 2.142.037/SP (2022), Ministro Olindo Menezes relator, decidiu, denúncias anônimas e o fato de o réu ser conhecido pelas equipes policiais por frequentar lugares em que é comum a traficância, corroboram com o estereótipo e são consideradas presunções subjetivas, por isso, não constituem fundadas suspeitas.

Por outro lado, considerou-se lícito o ingresso na residência de pessoa abordada na porta de sua casa, local conhecido pela ocorrência de tráfico, e por ter demonstrado nervosismo ao avistar a guarnição policial, sendo realizada a busca pessoal e encontrado drogas no bolso, posteriormente realizada busca domiciliar onde foi localizada uma quantidade expressiva de entorpecentes, Ministro Ribeiro Dantas, AgRg no AREsp nº 2.176.309 – SE do STJ (BRASIL, 2022).

De modo diverso, no AgRg REsp nº 1.886.985/RS (2020), relator Ministro Nefi Cordeiro, considerou ilegal a busca domiciliar realizada após a equipe policial ser informada por abordados, usuários de drogas, que estava ocorrendo tráfico na casa do réu, sendo deslocado até o local, lá chegando, avistaram o réu vendendo drogas a Paulo na frente da casa, este na posse de duas pedras de *crack* e aquele com três pedras da mesma substância e dez reais, na residência, uma arma de fogo e mais entorpecentes. O Tribunal assentou que a denúncia anônima e mera venda de drogas na porta de casa não justifica presumir armazenamento de entorpecentes dentro da casa, não existindo, portanto, justa causa para a medida.

Como se pode observar existem muitas decisões contraditórias, as quais acontecem dentro de uma mesma turma, mas se asseveram quando comparadas as decisões de turmas diferentes, no caso entre a quinta e a sexta turma do STJ.

Nesse viés, comparando-se dois julgados, do mês de fevereiro de 2023, e com situações muito parecidas em que nos dois casos os réus tinham mandados de prisão e apreensão em seu desfavor, ambos foram abordados do lado de fora da residência, e a busca domiciliar foi autorizada e em decorrência disso, foram apreendidas drogas em ambas as casas. Porém, a quinta turma no AgRg HC nº 766447/SC (2023), considerou lícita a busca e a sexta turma no HC 784378 / SP (2023), considerou ilícita, sob o fundamento de que a autorização em clima de estresse policial não deve ser considerada espontânea, a não ser que seja por escrito e com testemunhas ou gravada em vídeo.

O tribunal já assentou que o nervosismo, a fuga, e o consentimento em clima de estresse policial não são aptos a autorizar a busca domiciliar. Contudo, no AgRg no HC n. 771.697/SE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, no ano corrente (2023) a Quinta Turma decidiu que foi lícita a entrada na residência, após o réu ter demonstrado nervosismo e empreender fuga, sendo alcançado e abordado ainda em via pública na posse de entorpecente. Além disso, confessou ter droga em casa, a equipe policial então, deslocou-se até a residência e entrou sem autorização. Percebe-se que neste caso, nem mesmo houve a autorização. Além do mais, em casos parecidos, mesmo que o réu tivesse sido abordado dentro de sua residência de forma válida, não seria autorizada a busca conhecida como pescaria probatória (*fishing expedition*).

Ao contrário, a Sexta Turma, no HC nº 762.932/SP (2023), relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, em um caso em que, posteriormente a denúncias anônimas a equipe abordou o réu, o qual estava armado e disse residir com a mãe, por outro lado a genitora informou que o réu morava com o pai, sendo que neste último local teriam entrado com autorização, o Tribunal julgou ilícita a entrada, aduzindo que ao consentimento do morador em situação de vulnerabilidade, como estar diante de dois policiais com a arma a mostra, por exemplo, além de outros, são fatores que podem viciar o consentimento do abordado. Ainda, para o Tribunal, a experiência e o senso comum somado as circunstâncias do caso, não torna crível acreditar que uma pessoa sabendo possuir drogas na residência, autorizaria a busca.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como negar que o direito à inviolabilidade do domicílio é uma garantia muito importante em uma sociedade democrática de direito, que o seu desrespeito fere a dignidade da pessoa humana, e, em última análise, quando uma pessoa sofre injustiça em relação a este direito, toda a sociedade está em perigo.

Denota-se que, o conceito de casa é muito mais amplo do que aquele trazido pelo Direito Civil, o art. 150, § 4º, CP somado à jurisprudência e doutrina, traduz melhor o conceito de casa para fins do direito à inviolabilidade e privacidade. Como bons exemplos, tem-se a cabine de caminhões e escritório de advocacia.

Além disso, conforme foi exposto, evidencia-se que essa garantia não é exclusiva do Brasil, mas está presente na maioria dos países, em alguns com mais rigidez e outros mais brandos. Fato é que, como se pode notar, há muito tempo se reconhece que a inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental a qualquer pessoa.

Por outro lado, também há que se destacar a importância do direito à segurança pública. Sem segurança não há como garantir a liberdade, a inviolabilidade do domicílio. Sem um Estado presente e garantidor da segurança, vale a lei do mais forte. Compra-se, dos pensamentos dos filósofos contratualistas que a principal função do estado é garantir a segurança dos seus membros.

Nesse contexto, o Estado tem sua missão constitucional de garantir a segurança e a ordem pública, para tal, foram criadas várias instituições, dentre elas as polícias, sendo que a própria carta magna distribuiu as atribuições de cada órgão policial.

Essas instituições, no intuito de cumprir suas missões constitucionais, correm o risco de ferir o direito à inviolabilidade do domicílio, à privacidade e à intimidade de outrem.

Principalmente, dos grupos mais vulneráveis da sociedade, uma vez que, a maioria das buscas domiciliares ocorrem nas regiões periféricas, nas quais se concentram pessoas de classe social mais baixa e a maioria dos negros e pardos. Tal discriminação, mesmo que não aconteça de forma consciente pelos policiais no momento da abordagem, está ligada ao racismo estrutural enraizado em nossa sociedade e ao perfilhamento social presente no país como um todo.

Nestes termos, Lemgruber e Junior (2022) apontam em sua pesquisa que o Estado deve conciliar a efetiva prestação da segurança pública e a inibição de abusos e prejuízos desproporcionais ao direito à privacidade. Sugerem uma combinação de três fatores que devem ser adotados para se fundamentar uma busca pessoal: atitude suspeita no momento em que a pessoa tem o primeiro contato com a polícia, o ambiente em que o encontro se dá, e os índices de criminalidade do local.

Com a intenção de mitigar tais arbitrariedades e desrespeitos ao direito à inviolabilidade do domicílio, sem deixar de garantir a segurança pública, e ainda, tentando dar mais segurança jurídica a atuação dos agentes públicos, o STF fixou a tese 280, preceituando que deve haver fundadas razões anteriores à entrada forçada na residência, as quais devem ser demonstradas posteriormente por escrito, sob pena de responsabilidades do agente e do Estado.

No que concerne as responsabilidades supracitadas, analisou-se a Nova lei de abuso de autoridade que prevê pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de detenção para o agente público que incidir no crime de violação do domicílio com abuso de autoridade. Não obstante, esta lei traz também exceções à ocorrência do crime, como quando houver divergência de interpretação ou quando não existir o especial fim de agir por parte do agente.

Diante dos fatos, os Tribunais Superiores, com o propósito de reduzir a discriminação sofrida pela população mais vulnerável, o perfilhamento social, o racismo e as arbitrariedades cometidas por uma parcela dos agentes de segurança, vêm restringindo as possibilidades de abordagem e de buscas domiciliares, impondo vários requisitos de ordem objetiva, e esvaziando quase totalmente a experiência dos agentes estatais que trabalham nas ruas e conhecem a realidade de determinados locais e “modus operandi” dos crimes mais comuns naquela localidade.

No entanto, em suas decisões os Tribunais Superiores acabam divergindo entre as diferentes turmas e até mesmo dentro das mesmas turmas sobre o que pode ser considerada, no caso concreto, fundadas razões autorizadoras da entrada forçada em residências.

Consequentemente, instala-se a insegurança jurídica para atuação dos órgãos policiais, em especial a Polícia Militar, uma vez que é a instituição responsável pelo patrulhamento

ostensivo e, portanto, a que mais se depara com situações que podem levar a uma busca domiciliar sem mandado.

Sugere-se assim, para que não se elimine totalmente a experiência policial e os meios para se garantir a segurança pública, para o *standard* probatório se exija mais do que mera suspeita baseada em subjetivismos, mero nervosismo, vestimentas. Contudo, no caso de soma de fatores, como exemplo a pessoa que ao avistar a viatura, estando em local conhecido de tráfico, fique nervosa e empreenda fuga, essa exigência seja menos rigorosa para o reconhecimento do *standard* probatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mai. 2023.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de abr. 2023.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

_____. Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 mai. 2023.

_____. Lei Nº 13.869, de setembro de 2019. **Crimes de Abuso de Autoridade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 603616/RO**. Reclamante Paulo Roberto de Lima. Reclamado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-093 divulgado em 09-05-2016, publicado em 10-05-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 29 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1.886.985/RS**, Agravante: Helio Azenir Alves de Moraes. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 10/12/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000506791&dt_publicacao=10/12/2020. Acesso em: 20 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 158580/BA**. Impetrante: Mateus Soares Rocha. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Brasília, DF, 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 03 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n° 2.176.309/SE**. Agravante: Jose Carlos de Souza. Agravado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Brasília, DF, julgado em 6/12/2022, DJe de 13/12/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202317035&dt_publicacao=13/12/2022>. Acesso em: 20 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em recurso especial n° 2.142.037-SP**, Agravante: Ministério Público Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Brasília, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201708441&dt_publicacao=30/09/2022>. Acesso em: 15 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no habeas corpus n° 761.542/GO**, Agravante: Ministério Público Do Estado De Goiás. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Brasília, julgado em 20/9/2022, DJe de 22/9/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202430015&dt_publicacao=22/09/2022>. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no habeas corpus n° 766447/SC**, Agravante: Luiz Eduardo Zeferino Pereira. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, Brasília, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202671367&dt_publicacao=14/02/2023>. Acesso em 03 maio 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° 766447/SC**, Impetrante: Juvenal Evaristo Correia Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Min. Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, Brasília, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203624699&dt_publicacao=17/02/2023>. Acesso em: 03 maio 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus n° 165982/PR**, Recorrente: Ivandro Recarcate. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Brasília, DF, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201734072&dt_publicacao=26/09/2022>. Acesso em: 03 maio 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° 762.932/SP**, Impetrante: Murillo Goncalves Bento. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 30/11/2022. Disponível em: <

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202485430&dt_publicacao=30/11/2022>. Acesso em: 06 maio 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC nº 771.697/SE**, Agravante: Ricardo Santana De Jesus. Agravado: Ministério Público Do Estado De Sergipe. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202948312&dt_publicacao=14/02/2023>. Acesso em: 06 mai. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **APn nº 858/DF**, Autor: Ministério Público Federal, Réu: Agostino Silverio Junior. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 24/10/2018, DJe de 21/11/2018. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700351469&dt_publicacao=21/11/2018>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Revista de informação legislativa: v. 35, n. 137 (jan./mar.1998). Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/335/r137-09.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 de mai.2023.

JR., A. L. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LEMGRUBER, L.; BEDÊ FREIRE JUNIOR, A. **Busca Pessoal No Policiamento Preventivo e Repressivo**. Fundamento Constitucional e Standards Probatórios Autorizadores. Revista Esmat, [S. l.], v. 14, n. 24, p. 147–170, 2022. DOI: 10.29327/270098.14.24-8. Disponível em:
http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/270098.14.24-8. Acesso em: 20 abr. 2023.

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

MASCARO, A. L. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

NORBERTO A. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.