

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

O FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES

Aline Pereira de Carvalho

Juiz de Fora
2012

ALINE PEREIRA DE CARVALHO

O FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES

Monografia de conclusão de curso na área de Direito Penal e Processual Penal, apresentada pela Acadêmica ALINE PEREIRA DE CARVALHO à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso, sob a orientação da Professora CLARISSA DINIZ GUEDES.

Juiz de Fora

2012

Aline Pereira de Carvalho

O FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

**Trabalho de conclusão de curso aprovado em __/__/__ pela banca composta
pelos seguintes membros:**

Prof(a). Clarissa Diniz Guedes

Prof. Leandro Oliveira da Silva

Prof(a). Paula Miguel Monteiro

Juiz de Fora

2012

Dedico este trabalho a toda minha família e meus amigos. Obrigada pelo apoio.

Ao Thiago, por tudo que você significa na minha vida, pelo amor, pela força e paciência.

A Orientadora Professora Clarissa Diniz Guedes, pelo exemplo como profissional e por toda atenção concedida a fim de auxiliar e proporcionar a realização do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho avalia a possível inconstitucionalidade da mitigação, aparentemente absoluta, ao Princípio da Inviolabilidade do Domicílio nos casos de crimes permanentes, principalmente quando confrontada com possíveis casos de abuso das autoridades policiais. Tendo em vista a repercussão da interpretação realizada pelos Tribunais Superiores diante do caso concreto, tentar-se-á demonstrar que o flagrante nos crimes permanentes não pode ser visto como razão suficiente e critério absoluto para justificar a violação do domicílio; há necessidade da análise da licitude ou não das diligências policiais que antecedem o próprio flagrante.

Palavras-chaves: flagrante, crimes permanentes, inviolabilidade do domicílio, legalidade da diligencia, abuso de poder, prova ilícita.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
 CAPÍTULO I: INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO	
1.1. Evolução Histórica.....	09
1.2. Objeto da Tutela.....	13
1.3. Sujeitos de Direito.....	14
1.4. Exceções à inviolabilidade do domicílio.....	15
 CAPÍTULO II: O FLAGRANTE DELITO	
2.1. Conceito.	16
2.2. Flagrante Próprio ou Real	18
2.3. Flagrante Impróprio ou Quase Flagrante.....	19
2.4. Flagrante Ficto ou Presumido.....	20
2.5. Flagrante nos casos de Creme Permanente	20
2.5.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	24
2.5.2. Garantia da Reserva à Intimidade	25
 CAPÍTULO III: A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO ADOTADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	
3.1. Introdução.....	27
3.2. Estudo de Casos	28
 CAPÍTULO IV: DA PROVA ILÍCITA	
5.1. Aspectos Gerais.....	34
 CONCLUSÃO	40
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

A característica principal do Estado de Direito é a submissão do Poder Público às suas próprias normas, instituídas na estruturação do Estado, como expressão do princípio da legalidade. Este princípio é estabelecido como autêntica garantia e limitação ao poder, de acordo com a divisão de competências institucionais que funcionam num sistema de *freios e contrapesos*. As noções de governo republicano e regime democrático se complementam, instrumentalmente, na consagração do processo como conjunto de princípios e garantias que disciplinam a resolução judicial de conflitos.

A inviolabilidade do domicílio, garantia fundamental consagrada no art. 5º, XI, CRFB, trata-se de uma das nossas mais valiosas conquistas, principalmente quando confrontada com as violações de direitos individuais mantida pelo regime militar. Democracia, em seu mais amplo conceito, era a grande ânsia do povo brasileiro à época da formulação da nova Constituição.

Influenciados pelo clamor popular e pela sede de democracia, houve por bem os constituintes dedicarem todo um capítulo aos direitos e garantias individuais e coletivos. Dentre as garantias individuais, a inviolabilidade do domicílio é a condição essencial ao exercício do direito à reserva da intimidade. A sua tutela se faz extremamente necessária para coibir possíveis e eventuais abusos cometidos pelo poder público e pelos particulares.

No entanto a garantia fundamental à inviolabilidade de domicílio não é vista como absoluta. Há casos em que entrar e permanecer em residência alheia não constitui ilícito penal. O legislador constituinte brasileiro, sabiamente, estabeleceu situações em que se permite a referida violação, tendo em vista razões de ordem pública, nas quais se mostra mais razoável a mitigação desta proteção constitucional.

Dentre as hipóteses de relativização da inviolabilidade do domicílio, tem-se a situação do flagrante delito, expressamente ressalvada na norma constitucional (art. 5º, inciso XI, da Carta Magna). Ocorre que, não raras vezes, se tem mitigado a proteção que o constituinte assegurou ao domicílio sem uma fundada suspeita sobre a efetiva ocorrência de um crime, sendo superada a possível hipótese de abuso de

autoridade caso as diligências policiais encontrem provas da materialidade de crimes intitulados permanentes.

Desta feita, a questão que se coloca é: a prova da ocorrência de um crime permanente, obtida mediante diligências policiais arbitrárias, poderia ser convalidada pelos Tribunais Superiores ao argumento da ocorrência do flagrante que não foi previamente vislumbrado?

Para tanto, a presente pesquisa se utilizará do método dedutivo, partindo-se das teorias, da jurisprudência e dos diversos argumentos existentes sobre o tema para se chegar à análise de referências particulares.

Malgrado o entendimento dos Tribunais Superiores, tentar-se-á demonstrar que o flagrante nos crimes permanentes não pode ser visto como razão suficiente e critério absoluto para determinar a violação do domicílio. Diante do caso concreto, deve ser analisada a licitude das diligências policiais que antecedem o flagrante.

Espera-se, então, que através de uma interpretação à luz da Constituição e do Processo Penal, sejam extirpadas do ordenamento jurídico todas as interpretações que convalidem diligências abusivas por parte das autoridades policiais que ocorrem em detrimento de garantias fundamentais individuais.

No que concerne às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se a livros, artigos e julgados dos tribunais pátrios.

Para isso, o primeiro capítulo da monografia abordará os aspectos gerais da inviolabilidade do domicílio, tal como sua evolução histórica e objetividade jurídica da norma, sujeitos de direito e exceções.

O segundo capítulo cuidará especificamente do flagrante delito, traçando seus aspectos gerais e suas espécies.

O terceiro capítulo, por sua vez, abará uma análise de casos concretos em que os Tribunais Superiores brasileiros mitigaram o princípio da inviolabilidade de domicílio. Neste capítulo o ponto fulcral do estudo será a análise da justificativa utilizada para convalidar tal mitigação.

Por fim, no quarto e último capítulo será abordada a importância de se extirparem do processo penal as provas que advêm de diligências eivadas de atos abusivos.

CAPÍTULO I

INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

1.1 – Evolução Histórica

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, que prevê um conjunto de direitos e garantias fundamentais inerente aos seres humanos e necessário ao seu desenvolvimento.

Dentre estas garantias fundamentais encontra-se a inviolabilidade do domicílio, resguardada no art.5º, XI, CRFB. Tal dispositivo dispõe:

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.

Devido a sua importância, o mencionado artigo possui status de cláusula pétreia, imutável e de eficácia plena com aplicabilidade imediata, conforme definição do § 1º, art. 5º, CRFB, que enuncia: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Tal artigo busca preservar não somente a privacidade do indivíduo, mas também seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual e a sua personalidade.

Preservando o domicílio protegem-se a privacidade e a intimidade das pessoas. Conforme preceitua Celso Bastos, a “casa é um dos poucos recintos em que ainda é possível assegurar a intimidade¹”.

Reconhecendo a importância da proteção ao domicílio, o constituinte brasileiro vem reiterando ao longo de nossa história a incolumidade do domicílio, como asilo inviolável, na norma constitucional.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2, p. 67

A Constituição do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado, em 1824, foi fortemente influenciada pelo Liberalismo Clássico dos séculos XVIII e XIX, e enunciava, no seu art. 179, VII, que:

Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos e pela maneira que a lei determinar².

A primeira Constituição republicana do Brasil, editada em 1891, em seu art. 72, § 11, estabelecia:

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 lei³.

Já a Carta Magna de 1934, primeira a se preocupar pela enumeração dos direitos fundamentais sociais, ditos de segunda geração, apenas reeditou a primeira Constituição Republicana.

A Constituição de 1937, fruto de um golpe de Estado, que deu início ao “Estado Novo”, em seu art.122, § 6º, assegurava:

A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei⁴.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, e o fim do Estado Novo, ocorre a redemocratização do Brasil e, em 1946, a Constituição Federal no seu art.141, §15, voltou praticamente à mesma enunciação da Carta Magna da Primeira República:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para

² Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 22 set. 2012

³ Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 22 set. 2012.

⁴ Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao37.htm>. Acesso em 22 set. 2012

acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer⁵.

Depois da vitória do golpe militar de 1964, outorgou-se, em 24 de janeiro de 1967, uma Constituição fortemente inspirada na Carta de 1937. Nela o rol de direitos individuais foi notadamente reduzido, dentre o qual pode se citar o direito de propriedade.

Diante da enorme preocupação com a segurança nacional, foi modificado o texto anterior para editar, no art. 150, § 10, a seguinte norma:

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 estabelecer⁶.

Com o fim dos governos militares e a redemocratização do país, a Constituição de 1988 pretendeu criar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a previsão de uma imensa quantidade de obrigações para o Estado frente ao indivíduo. Nesta esteira, a Carta Magna de 1988 consagrou a inviolabilidade do domicílio como autêntica barreira, principalmente, a atuação dos agentes estatais da persecução penal, impondo contornos à garantia fundamental à intimidade.

Cumprе mencionar que não só o constituinte brasileiro se mostrou preocupado em assegurar a garantia da inviolabilidade do domicílio. No cenário internacional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 11º, 2, garante a inviolabilidade do domicílio ao referir que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas na sua vida privada, na da sua família, no seu domicílio ou correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

A mencionada Convenção, que somente entrou em vigência em 18 de julho de 1978, tem como objetivo consolidar entre os países americanos a liberdade pessoal e a justiça social fundada no respeito aos direitos humanos essenciais.

⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 22 set. 2012

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 22 set. 2012

O Brasil subscreveu este tratado por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 26 de maio de 1992, que aprovou o texto e lhe conferiu legitimação em nosso país. Entretanto, seu conteúdo entrou em vigor no Brasil, somente, a partir do Decreto presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

A partir da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma das emendas constitucionais, ou seja, por quorum de três quintos, em dois turnos, passam a ter status constitucional.

Ocorre que a votação para a aprovação da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos não foi realizada com os requisitos de quorum estabelecido para se obter status constitucional, mas tão somente status de lei ordinária. Por este motivo, a questão que se colocou na doutrina e jurisprudência foi a respeito de qual seria o status da mencionada Convenção em relação ao Direito pátrio, tendo em vista a relevância das garantias fundamentais individuais que ele pretende proteger.

Devido à dúvida que se instaurou sobre a hierarquia do mencionado tratado, a Suprema Corte se manifestou no Recurso Especial nº 349.703-1/RS, publicado em 03 de junho de 2003 e, ao firmar entendimento sobre a impossibilidade da decretação da prisão civil ao depositário infiel, decidiu por atribuir caráter supralegal aos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio da forma ordinária. Vejamos um trecho do voto do min. Gilmar Ferreira Mendes sobre o assunto:

(...) Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana.(...)

Conforme o art. 5º, §2º, CRFB, os direitos e garantias expressos na nossa Carta Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte. Desta forma, a

garantia à inviolabilidade do domicílio, presente no Pacto de São José da Costa Rica, foi reafirmada no momento em que o Brasil se tornou signatário deste Tratado Internacional.

Assim, do que foi dito acima, deflui o entendimento de que o constituinte desejou conferir ao tema grande relevância e, por conseguinte, não restou outra opção ao legislador infraconstitucional se não tratar a matéria com a mesma importância, principalmente no que tange à órbita penal, que é o ramo mais drástico do Direito por ser capaz de mitigar o direito à liberdade.

1.2 – Objeto da Tutela

O enunciado disposto no art. 5º, XI, CRFB, preceitua que a “casa é asilo inviolável”. Sobre a extensão do termo “casa”, deve esta ser interpretada de forma mais abrangente no contexto constitucional do que no conceito do direito privado. Conforme dispõem os arts. 70, 72 e 73 do Código Civil, domicílio é o lugar onde a pessoa natural estabelece a sua residência com ânimo definitivo, o local onde exerça atividade profissional ou local onde a pessoa for encontrada.

Na órbita do Direito Constitucional, a expressão *casa* não se restringe àquela habitada pelo destinatário da norma constitucional, mas também abrange qualquer compartimento habitado, seja ele individual, coletivo e, ainda, o local de trabalho, englobando também o estabelecimento industrial, e o clube recreativo.

Nesta esteira, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷:

A inviolabilidade do domicílio visa a proteger a intimidade do homem e do próprio Estado. Garante-lhe, pois, a base necessária para o desenvolvimento da sua personalidade. No sentido constitucional, termo *domicílio* tem amplitude maior que no direito privado e até na linguagem coloquial. O domicílio, constitucionalmente falando, não é a residência apenas, nem reclama estabelecimento com intenção definitiva. É todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com direito exclusivo e próprio, a qualquer título. O ponto essencial da caracterização está na exclusividade em relação ao público em geral. Assim, é inviolável como domicílio tanto a moradia quanto o estabelecimento de trabalho, desde que este não esteja aberto a qualquer um do povo, como um bar ou restaurante.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. vol.1, p.36-37, apud, TUCCI, Rogério Laurita, *Direitos e garantias individuais no processo Penal brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 328

Este último conceito é amplamente aceito pela Suprema Corte brasileira⁸, ademais, é adotado pelo Direito Penal que, a seu modo, resguarda a efetividade da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, uma vez que sanciona o sujeito violador deste princípio, na medida em que tipifica o crime de *violação de domicílio* no art. 150, sob o Título *Dos crimes contra a pessoa*, Capítulo *Dos crimes contra a liberdade individual*, nas mesmas proporções definidas na Constituição.

1.3 – Os Sujeitos do Direito

A proteção ao direito individual da garantia à inviolabilidade do domicílio visa evitar abusos e autoritarismos dos agentes estatais e de terceiros, com intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana e, por isso, a norma tem nítida eficácia horizontal, repelindo tanto as ações estatais, quanto ações de outros particulares.

⁸ Na decisão do *Habeas Corpus* nº 82.788/RJ, em julgamento realizado pela Segunda Turma, publicado em 02 jun. 2006, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento sobre a definição de “casa” ao entender que abrangente não só a residência do agente, mas também qualquer compartimento fechado, não aberto ao público, seja ele usado para exercício da profissão ou de qualquer outra atividade. Vejamos parte da decisão: (...). A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domini”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilegio do prealable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária(...)” Disponível o inteiro teor no site: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882788%2E+OU+82788%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 08 out. 2012.

No que tange aos destinatários da norma, em geral, podemos citar as pessoas físicas e as pessoas jurídicas como titulares do direito à inviolabilidade do domicílio, podendo ser o proprietário do imóvel ou o sujeito nele residente, mesmo que sem qualquer título legitimador.

1.4 – Exceções ao Princípio da Inviolabilidade do Domicílio

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece exceções ao princípio da inviolabilidade do domicílio - que não é absoluto, e nem poderia ser – pois, dentre outros motivos, o constituinte não pode obstar o trabalho da Justiça, nem proteger criminosos, de modo a transformar uma garantia individual em um instrumento para se obter impunidades.

O texto constitucional, taxativamente, comporta a reserva jurisdicional, traduzida por exceções à proteção do domicílio, autorizando adentrar a casa, sem consentimento do morador e sem mandado judicial, em casos de *“flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro”* e com mandado judicial *“durante o dia”*. Isto porque a relevância destas situações importa na sua prevalência sobre a garantia individual da intimidade.

Bem se vê que através das exceções acima elencadas o legislador mostra-se atento às necessidades imprescindíveis do Estado e, por isso, abre exceções conciliando os direitos do homem às necessidades da sociedade.

Despicienda qualquer explicação sobre cada uma das hipóteses de exceção à inviolabilidade do domicílio, em que se projetam interesses tão expressivos para esta garantia individual, resta para o presente trabalho apreciação mais detida apenas da hipótese do flagrante delito, por se tratar de ponto que gera questionamentos para o estudo em tela.

CAPÍTULO II

O FLAGRANTE DELITO

2.1. – Conceito

Conforme conceitua Fernando Capez, a palavra “flagrante” tem origem etimológica do termo latim “*flagrare*”, que significa queimar, arder, ou seja, significa dizer que o crime acabou de ocorrer ou que ainda ocorre⁹.

Neste mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete acrescenta que:

A palavra flagrante é derivada do latim *flagrare* (queimar) e *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, é acalorado, evidente, notório, visível, manifesto, em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é ilícito patente, irrecusável, insofismável que permite a prisão do seu autor por ser considerado a certeza visual do crime¹⁰.

Sendo assim, de acordo com este conceito o flagrante ocorreria no momento em que a infração está ou acabou de ser cometida, autorizando, desta forma, a prisão do agente, mesmo que sem a autorização judicial. A prisão do agente em estado de flagrante delito decorreria da certeza da autoria e materialidade do crime.

Observe que a importância da conceituação do termo *flagrante delito* impõe consequências mais graves que a mera autorização constitucional que excepciona a inviolabilidade do domicílio. A norma constitucional não tem um fim em si mesmo, ou seja, não pretende autorizar apenas a entrada de agente estatal, bem como qualquer um do povo dentro de propriedade privada fechada ao público. Ela visa coibir a efetiva prática delituosa ou sua perpetuação e visa proteger a prova do crime e de sua autoria, culminando na prisão do agente que se encontra em flagrante.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 175

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A. 1998, p. 370

Neste ínterim, leciona Gustavo Badaró:

A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria ¹¹.

Acrescenta Renato Brasileiro de Lima, as seguintes funções processuais da prisão em flagrante:

- a) evitar a fuga do infrator;
- b) auxiliar na colheita de elementos informativos: persecuções penais deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante costumam ter mais êxito na colheita de elementos de informação, auxiliando o *dominus litis* na comprovação do fato delituoso em juízo;
- c) impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (CPP, art.302, inc.I), ou de seu exaurimento, nas demais situações (CPP, art. 302, inc. II, III e IV);
- d) preservar a integridade física do preso diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento.¹²

A prisão em flagrante seria, segundo Renato Brasileiro de Lima, “uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial”¹³.

A legislação pátria deixa claro que, devido às circunstâncias em que o agente é encontrado em situação flagrante, a execução de sua prisão é expressamente autorizada a qualquer um do povo ou agente estatal.

Apesar da importância do termo “flagrante delito” para se delimitar as hipóteses em que se excepcionam a incolumidade do domicílio e se autoriza a prisão do agente que pratica o ato delituoso por qualquer um do povo, o texto constitucional não define o termo, cabendo à doutrina e à lei ordinária fazê-lo.

O nosso Código de Processo Penal, em seu artigo 302, apresenta as modalidades de flagrante existentes. Cumpre mencionar que embora a nossa

¹¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 722.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. 1. 2ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p.1262 -1263

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. 1. 2ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p.1262

legislação não tenha determinado nomenclatura diferente para estas espécies, a doutrina¹⁴ o fez e a jurisprudência a aceita sem quaisquer ressalvas.

2.2 – Flagrante próprio ou real

Conforme preceitua o artigo 302, do Código de Processo Penal, considera-se em situação de flagrante delito “quem está cometendo a infração penal” (inciso I) e quem “acaba de cometê-la” (inciso II).

Nesta modalidade, conforme a origem etimológica da palavra flagrante, a certeza visual é tão exata que praticamente não deixa dúvidas sobre a situação em que se encontra o agente flagrado.

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, somente nos casos de Flagrante Próprio estar-se-ia justificada a violação do domicílio, visto que a presença dos elementos certeza e fundadas razões, nestes casos, seriam praticamente inegáveis. Vejamos:

Desse conjunto de disposições, fica claro que o ingresso do domicílio para obtenção de provas materiais, salvo o consentimento do morador, somente pode ocorrer na situação de flagrante ou mediante mandato judicial; no primeiro caso deve-se ter presente que a exceção constitucional apenas pode ser aplicada nos casos de flagrante próprio, não se estendendo às hipóteses previstas pelos incisos III e IV, do art. 302, CPP, pois do contrário estar-se-ia admitindo que o legislador ordinário restringisse o alcance da garantia. Além disso, tanto na situação de flagrância quanto para a expedição de ordem judicial exige-se a presença de fundadas razões que a autorizem (a *probable cause* do direito constitucional americano), sem a qual seria ilusória a garantia.”¹⁵

Decerto, que o conceito de flagrante próprio, por se basear na certeza visual da ocorrência do crime, em um primeiro momento parece ser a modalidade de flagrante mais adequada para que se realize a entrada não autorizada no domicílio de outrem. A visualização dos fatos, em princípio, nos proporciona uma maior

¹⁴ Cumpre mencionar que a doutrina consultada foi a de Júlio Fabbrini Mirabete, encontrada na seguinte referência bibliográfica: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A. 1998, p. 371

¹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 121

proximidade com a realidade, por isso a autoria e materialidade do crime - requisitos do flagrante - ficam demonstradas de forma mais clara. Desta forma, as garantias individuais e fundamentais do particular seriam protegidas sem prejuízos à persecução penal.

Entretanto, não podemos nos esquecer que mesmo nos casos de flagrante próprio, o espectador do acontecimento delituoso irá interpretá-lo segundo suas crenças e preconceitos, o que pode levá-lo a cometer equívocos. Nesta seara, conferir maior credibilidade ao flagrante próprio em detrimento das demais modalidades de flagrante se mostra como um preciosismo injustificado notadamente nos casos em que existam indícios objetivos suficientes para constatação da materialidade e autoria do crime.

Destarte, não deixamos de considerar justificada a violação do domicílio baseada no flagrante, desde que ocorrido mediante diligências embasadas em fundados indícios de ocorrência de um crime, mesmo que não haja a certeza visual.

2.3. - Flagrante Impróprio ou Quase Flagrante

O artigo 302, do Código de Processo Penal, também dispõe que “encontra-se em flagrante delito quem é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido, ou por outra pessoa, em situação que faça presumir-se o autor da infração” (inciso III).

Conforme observa Renato Brasileiro de Lima:

O importante no quase flagrante, é que a perseguição tenha início logo após o cometimento do fato delituoso, podendo perdurar por várias horas, desde que seja ininterrupta e contínua, sem qualquer solução de continuidade. Carece de fundamento legal, portanto, a regra popular segundo a qual a prisão em flagrante só pode ser levada a efeito em até 24 (vinte e quatro) horas após o cometimento do crime. Isso porque, nos casos de flagrante impróprio, desde que a perseguição seja ininterrupta e tenha tido início logo após a prática do delito, é cabível a prisão em flagrante mesmo após o decurso deste lapso temporal.¹⁶

Para o flagrante impróprio ou quase flagrante, tem-se como característica a presunção da autoria do delito e a falta de certificação ocular da prática criminosa.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. 1. 2ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p.1273

Entretanto, faz-se necessário a presença de indícios inequívocos da prática do crime, que devem ser avaliados por autoridade competente, diante do caso concreto.

2.4.- Flagrante Ficto ou Presumido

Também será considerado flagrante a hipótese de ser o autor do fato “encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração” (artigo 302, IV).

Neste caso, assim como na modalidade anterior de flagrante, tem-se como característica a presunção da autoria do delito e a falta de certificação ocular da prática criminosa. A autoria do delito é deduzida com base nas circunstâncias nas quais o suspeito é encontrado “logo depois” da ocorrência da prática delituosa. A lei não exige que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada com objetos, logo após o delito, que façam presumir sua autoria.

2.5 - Flagrante nos casos de Crime Permanente

Questão interessante ocorre nas hipóteses de crime permanente. Dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal que nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Nesta espécie de ilícito a consumação se prolonga no tempo, por isso fala-se que o crime está sendo cometido durante o tempo da consumação, havendo, pois, caso típico de flagrância.

Desta forma, o agente encontra-se em situação de flagrância enquanto não cessar a permanência do crime, ensejando assim a efetivação de sua prisão em flagrante, independente de prévia autorização judicial.

O legislador constituinte, de forma inquestionável, ao excepcionar a situação de flagrância da inviolabilidade do domicílio, deixa claro que a delinquência deve ser perseguida e combatida, mesmo que ocorra no próprio domicílio do infrator. Nestes casos, não há de ser invocada a inviolabilidade como meio de se assegurar

a continuidade do ilícito penal que ali ocorre, por esta razão, não há necessidade da expedição de mandado de busca e apreensão antecedente às diligências policiais.

Sobre o assunto, o il. Ministro Relator, Gilmar Ferreira Mendes se manifestou pela licitude da prova obtida durante o flagrante em crime permanente e reconheceu a repercussão geral do tema no RE 603.616/ Ro, publicado 07 de out. 2010. Vejamos a ementa da decisão:

BUSCA E APREENSÃO - Violação de domicílio - Prova ilícita - Tráfico ilícito de drogas – Modalidade interestadual - Busca de autoridades policiais, sem mandado judicial, no período noturno, em caso de crime permanente - Existência de repercussão geral.

Ementa Oficial: Matéria criminal. Busca e apreensão em residência sem mandado judicial. Inviolabilidade do domicílio. Prova ilícita. Repercussão geral admitida.

(Repercussão Geral no RE 603.616 – Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Recorrente: Paulo Roberto de Lima - advogados: Jeová Rodrigues Júnior e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia.)

DECISÃO

- O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. GILMAR MENDES, relator.

MANIFESTAÇÃO - O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes (relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto por Paulo Roberto de Lima contra acórdão formalizado pelo TJRO, cuja ementa assim dispõe:

"Ementa: Tráfico. Mandado de busca e apreensão. Autoria. Associação. Tráfico interestadual.

Tratando-se da prática de delito tido por permanente como o tráfico ilícito de substância entorpecente, em que a consumação perpetua-se pelo tempo, restam autorizadas as buscas efetivadas pela autoridade policial, sendo prescindível a apresentação de mandado de busca e apreensão.

Verificando-se que as provas coligidas são suficientes para formar um juízo de convicção quanto ao transporte de substância entorpecente, mantém-se a condenação pela prática do comércio ilegal de drogas.

De forma acertada optou-se pelo entendimento de que nos casos de crime permanente não há necessidade de mandado de busca e apreensão para se devassar o domicílio, visto que o crime ainda está ocorrendo. Impedir a perpetuação do ilícito penal é dever do Estado, por isso, a própria Constituição Federal trata esta hipótese como uma exceção constitucional à inviolabilidade do domicílio.

Neste sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira nos lembra que:

À evidência, ninguém poderá argumentar no interior de sua residência, que tem direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade de domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade e à privacidade, por exemplo).

Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um de seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional.¹⁷

Decerto, não se pode usar o Direito para proteger atos atentatórios contra ele mesmo. Todavia, há de se questionar se realmente existe a certeza – ou pelo menos a probabilidade - da ocorrência de um ato que ofenda nossa norma jurídica.

A exceção ao princípio da inviolabilidade do domicílio somente pode ser admitida mediante a existência de fundados indícios, sejam eles visuais ou não, da ocorrência de um ilícito penal. Para entrar em casa alheia, mesmo nos casos da ocorrência de crime permanente, a autoridade policial deve dispor de elementos concretos que autorizem a probabilidade daquela situação. Caso esta probabilidade não exista impõe-se que as diligências que porventura tenham ocorrido sejam consideradas ilícitas.

Conforme já mencionado, doutrinariamente o termo “flagrante delito” pressupõe a certeza visual ou a existência de indícios suficientes para se identificar a autoria e materialidade de um crime. Na hipótese em que não haja fortes indícios sobre a ocorrência de crime permanente no interior do domicílio do investigado, mas tão somente uma suposição, sem fundamentos em circunstâncias concretas, entendemos que a inviolabilidade do domicílio não pode ser mitigada de forma desmedida. Nestas hipóteses, mesmo nos casos em que efetivamente ocorra o flagrante delito, ele se mostra ilegal, visto que, *a priori*, não estavam presentes elementos indicadores da sua ocorrência.

Não pode a polícia, bem como ninguém do povo, invadir residências, escritórios, firmas comerciais ou qualquer outro estabelecimento que esteja

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 372

englobado pelo conceito de domicílio, ao argumento da ocorrência de flagrante delito de um crime permanente, sem que haja fundadas razões da materialidade do delito que, porventura, esteja ocorrendo no seu interior. Além disso, é necessário que se realize um prévio juízo de verossimilhança da situação de flagrância.

A legitimidade da diligência policial que culminou na descoberta do flagrante delito deve averiguar precipuamente os fatores que desencadearam a própria diligência e não o seu resultado.

A mera suspeita subjetiva, dissociada de elementos concretos, da ocorrência de um crime permanente no interior de uma residência não pode servir para justificar tamanha intervenção estatal na propriedade alheia. Pensamento contrário poderia gerar a mitigação desmedida de direitos e garantias individuais em face da atuação estatal, além de também servir como instrumento para se camuflar possíveis abusos por parte do Estado.

Não é o fato de a norma constitucional ressaltar a hipótese de flagrante delito como exceção à inviolabilidade do domicílio que autoriza a utilização da flagrância como pretexto para justificar toda e qualquer diligência invasiva e violadora desta garantia. A violação do domicílio deve fundamentar-se prévia e concretamente na circunstância excepcional prevista na Constituição – isto é, há de ser constatada a probabilidade de flagrante, de forma concreta, antes de se proceder à entrada no domicílio –, sob pena de desvio de finalidade da norma constitucional.

Ora, se a proteção constitucional é excepcionada nas situações de flagrância, e se o flagrante é destinado a evitar a consumação ou, no caso do crime permanente, a continuação do delito, a única forma de se cumprir a norma constitucional é somente permitir a violação ao domicílio nas situações extremas em que haja fundados indícios para se acreditar que estes objetivos serão alcançados.

Entender-se que a constatação posterior da flagrância legítima, por si só, a diligência invasiva, independentemente de qualquer fundamento concreto que indique tal resultado, equivale a desviar a finalidade da norma sob o argumento de que os *fiis* (no caso, o resultado “flagrante”) justificam os *meios* (violação ao domicílio sem elementos concretos que induzam à probabilidade do flagrante).

Ao adotar tal raciocínio, legitima-se, também, o argumento utilizado pelo agente violador, no sentido da existência de uma suspeita subjetiva, uma intuição, uma crença íntima na possibilidade de flagrante. E o que dizer das situações em que a diligência não resultar em flagrante? Punir-se-ia o agente por não encontrar o resultado subjetivamente previsto, ao passo que, quando este resultado fosse afortunadamente atingido, o agente ficaria impune? Parece-nos incorreta esta interpretação, que autoriza a utilização abusiva da ressalva constitucional de acordo com o resultado atingido.

Por isso, parece razoável que toda ação policial ou de terceiros demonstre a idoneidade de sua conduta, a plausibilidade fática e a existência de indícios veementes da ocorrência do ilícito penal, os quais devem ser anteriores à própria diligência. Na hipótese de sua carência, impõe-se a responsabilização criminal dos agentes que realizaram a ação arbitrária e até mesmo a declaração de ilicitude da prova adquirida ao acaso.

Ademais, a aceitação de qualquer tipo de prova obtida mediante diligências abusivas, por ser ato atentatório ao próprio Direito, acarretaria na violação reflexa de princípios e garantias constitucionais inerentes a própria garantia da inviolabilidade do domicílio, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da reserva a intimidade.

2.5.1 - Princípio da Dignidade da Pessoa humana

A Constituição, em seu art. 1º, III, traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que denota a preocupação do constituinte, fortemente influenciado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em colocar o indivíduo como referência e medida dos direitos e garantias previstos na Constituição.

O conceito de dignidade da pessoa humana aparece no nosso ordenamento jurídico como um princípio básico em aberto. Trata-se da prerrogativa de todo ser humano ser respeitado por terceiro particular ou pelo Estado. A dignidade não é algo ideal ou abstrato, concretiza-se na pessoa, na sua vida real e cotidiana.

Por se tratar de um princípio, comporta graus de realização, por isso se fala que, apesar de sua importância, não é absoluto. Ocorre que, conforme leciona Robert Alexy, “quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência da dignidade da pessoa”¹⁸.

O Princípio da Dignidade da Pessoa impõe limites ao poder estatal na medida em que visa impedir que o poder público viole a dignidade pessoal do indivíduo, pois, se o Estado se vale de diligências arbitrárias estará ingerindo de forma não justificada.

2.5.2– Garantia da Reserva à Intimidade

Como desmembramento do Princípio da dignidade da pessoa, temos o princípio da reserva à intimidade da vida privada e familiar. O Brasil declarou no artigo 5º, inciso X, da CRFB, a proteção ao direito à privacidade quando estabelece que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O direito à privacidade advém da necessidade de o indivíduo “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna.”¹⁹

Neste ínterim, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco dizem que:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna de nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, apud, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

como o indivíduo se auto-avaliar, medir perspectivas e traçar metas.²⁰

O direito à inviolabilidade do domicílio enquadra-se no direito à reserva da intimidade da vida privada, enquanto direito pessoal e fundamental. Preservando o domicílio, protegem-se a privacidade e a intimidade das pessoas.

A proteção da reserva sobre a vida privada origina, assim, um núcleo de intimidade, de solidão ou anonimato, que desempenha importantes funções, notadamente sociais e psicológicas para a pessoa.

Conforme já mencionado, apesar de sua importância, a mitigação à garantia da reserva da intimidade se faz necessária frente à situação de flagrante delito. Todavia, a devassa injustificada da intimidade é um meio de ofensa moral ao ser humano, pois afeta o seu momento de tranquilidade emocional. A possibilidade da ocorrência de um crime permanente no interior de uma residência só pode servir de justo motivo para autorizar a mitigação desta garantia se houver, como já dito, indícios que demonstrem a situação do flagrante, capazes de ultrapassar a mera suposição.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 378

CAPÍTULO III

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO ADOTADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

3.1- Introdução

Nos casos em que as garantias fundamentais se transformam em verdadeiros entraves à coerção penal faz-se necessário, para se obter uma maior efetividade da persecução penal, a sua limitação em concreto.

Sobre o impasse da efetividade penal e as garantias fundamentais, discorre Gustavo Senna:

Verifica-se, então, o dilema existencial do processo penal: efetividade da coerção penal x direitos fundamentais, sendo que, para se obter a maior efetividade daquela, é necessário a limitação destes. Ao revés, ampliá-los importa inviabilizar a efetividade da coerção. Procura-se, assim, desesperadamente, um ponto de equilíbrio, pois em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a efetividade da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais, sem radicalismo para uma ou outra corrente, para que assim o processo penal tente alcançar a desejada perfeição.²¹

Vê-se, portanto, que os princípios constitucionais e processuais penais devem ser preferencialmente compatibilizados, havendo somente a mitigação de princípios e garantias fundamentais no caso de incompatibilidade. Nesta situação, se faz necessário a presença de uma mínima fundamentação das decisões e diligências que, por ventura, restrinjam estes princípios em prol da eficácia penal.

O aplicador do direito não deve se ater aos posicionamentos extremados no momento de interpretar a norma. Não há de se falar na soberania das garantias individuais em abstrato, pois este entendimento, a depender do caso concreto, poderia inviabilizar o exercício do *jus puniendi* do Estado. Em

²¹ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal entre o garantismo e a efetivação da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24/25.

contrapartida, o Estado não deve ter poderes ilimitados frente ao particular, ao argumento de se estar garantindo a segurança pública.

As relações humanas são muito mais complexas do que a singela concepção de mundo maniqueísta mostrada nos livros infantis. Existem pessoas inidôneas tanto na órbita particular quanto na órbita do Estado. Por isso, dar excesso de poderes ao Estado poderia facilitar a prática de abuso de poder e, por outro lado, conferir garantias absolutas ao particular poderia comprometer as estruturas do próprio Estado, pois engessaria sua atuação na persecução penal. Solução para este dilema não é fácil. Portanto, a análise das possíveis soluções não deve ser feita em abstrato, mas sim a luz do caso concreto.

3.2 – Estudo de casos

Interessante caso em que pode se perceber, claramente, o conflito entre a garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio e da persecução penal do Estado frente a um crime qualificado como permanente, foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no processo nº 2001.01.107.760-87²², publicado em 10 de novembro de 2004.

No caso em tela, o réu, acusado pelo Ministério Público por tráfico de drogas no Distrito Federal, foi absolvido por causa de prova considerada ilícita. A decisão unânime foi da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça.

De acordo com o voto do desembargador Sérgio Bittencourt, seguido pelos demais desembargadores:

Os policiais tinham notícia de haver tráfico, fizeram uma campana perto da casa da sogra do acusado e, como não encontraram nada com ele, invadiram a casa da sogra, comprometendo, assim, toda a diligência policial, uma vez que não possuíam mandado, nem autorização de espécie alguma para ingressar no domicílio da sogra.

Desta forma, argumentou-se que a prova levantada pelos policiais foi obtida de forma ilícita, pois teria sido obtida mediante violação de domicílio sem

²²Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-set-27/justica_considera_prova_ilicita_absolver_acusado>. Acesso em 22 set. 2012

mandado de busca e apreensão e baseada unicamente por uma denúncia anônima contra o acusado. Fatos estes que teriam contaminado a prova do crime.

O mencionado voto deixa claro que mesmo em se tratando de um crime tão grave quanto a comercialização de substâncias proibidas, não há razão justificável para a invasão de residência sem autorização judicial, quando não haja elementos concretos que indiquem a probabilidade do flagrante.

Afirmaram os desembargadores que:

Não há dúvida de que o tráfico de entorpecente se trata de crime permanente. No entanto, a colheita de prova acerca de sua ocorrência fica subordinada aos preceitos constitucionais que assegura, como regra, a inviolabilidade do domicílio.

Perceba que no caso em comento, a fundamentação da decisão não menciona o fato do mandado de busca e apreensão ser dispensado quando o crime investigado tratar-se de crime permanente.

Desta forma, questão fundamental, que deveria ter sido colocada pelos julgadores é se os indícios da ocorrência do crime de tráfico eram suficientemente fortes, a ponto de justificarem a relativização da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Note que no caso em tela as diligências policiais se basearam, apenas, em uma denúncia anônima.

Resta consolidado na doutrina pátria que a fragilidade inerente ao conceito de denúncia anônima a torna insuficiente para a instauração de um inquérito policial, por isto não seria argumento idôneo para fundamentar diligência que mitigue a inviolabilidade do domicílio.

No caso em comento, a denúncia anônima, supostamente, indicava o réu como autor do delito, entretanto, nada foi encontrado em sua posse. Desta forma, a princípio, não haveria fundamento algum para a busca na residência da sua sogra.

Neste sentido, leciona Eugênio Pecelli de Oliveira, sobre a denúncia anônima:

A partir da cláusula constitucional da vedação do anonimato (art 5º, IV, in fine), a Suprema corte teve oportunidade de se ressaltar a

impossibilidade de instauração de persecução criminal – leia-se inquérito policial ou procedimento investigatório – com base unicamente em *notitia criminis* apócrifa, salvo quando o documento em questão tiver sido produzido pelo acusado (segundo a acusação), ou constituir o próprio corpo de delito. É o que se vê na Questão de Ordem suscitada no curso do inquérito nº 1.957/PR, sendo relator o Min. Celso de Melo – Informativo STF nº387²³.

Desta feita, não havendo outros indícios da materialidade do crime, salta aos olhos que na verdade trata-se de um típico caso de arbitrariedade no qual o fim, qual seja, reprimir o delito, não justifica o meio utilizado, a entrada arbitrária na residência de uma terceira pessoa não suspeita.

Por isso, pode-se dizer que, na verdade, a prova foi contaminada pela falta de indícios suficientes, capazes de ultrapassar a mera suposição da ocorrência de um crime permanente.

Apesar de, em um primeiro momento, parecer apenas um preciosismo formal no que tange a justificação, visto que ao final do processo o réu foi absolvido, o enfrentamento da questão visa coibir a ocorrência de diligências desmedidas e arbitrárias, como foi o caso. Por isso, há a necessidade de declaração da ilicitude da prova devido a ocorrência de diligências abusivas.

Outro caso interessante ocorreu no *Habeas Corpus* nº 90.178/RJ julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 26 de março de 2010, no qual também se questiona a legitimidade e validade de diligências, fundamentadas unicamente de uma denúncia anônima. Vejamos sua ementa:

1. Ação Penal. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Caracterização. São típicas as condutas de possuir, ter em depósito, manter sob guarda e ocultar arma de fogo de uso restrito.
2. Inquérito policial. Denúncia anônima. Irrelevância. Procedimento instaurado a partir da prisão em flagrante. Ordem indeferida. Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denuncia anônima.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed., São Paulo: Atlas S.A. 2012, p.56

No caso deste julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, alegava a defesa, dentre outros argumentos, que o flagrante realizado unicamente com base na denúncia anônima não poderia ocorrer devido a fragilidade dos indícios caracterizadores da materialidade do crime.

Entretanto, o i. relator, o ministro César Peluso, entendeu que não assistia razão ao impetrante. Fundamentando:

Não se trata, aqui, de instauração de inquérito policial ou judicial com base exclusivamente em denúncia anônima, hipótese em que a Corte já se posicionou pela nulidade do processo(cf. INQ nº 1.957, Rel. Mil. CARLOS VELLOSO, DJ 11/11/2006). Na verdade a autoridade policial tomou conhecimento da prática de delitos por meio de denúncia anônima, mas o inquérito policial só foi instaurado a partir de prisão em flagrante dos acusados.

Não obstante o entendimento do i. ministro relator sobre a licitude do procedimento instaurado, resta claro que, antes da ocorrência do flagrante delito, não havia razões que levassem as autoridades estatais a acreditarem que no interior da residência devassada estaria ocorrendo a prática de um crime permanente.

A suspeita de ocorrência do crime, que culminou na violação do domicílio do réu, não teve como fundamento indícios objetivos, mas tão somente os fatos narrados através de uma denúncia anônima, o que fica claro pelo trecho transcrito logo acima.

Até a realização do flagrante não havia outros indícios que ligassem o réu com a prática do ilícito penal. Por isso, por se tratar de mera suposição da ocorrência de um crime permanente, entendemos que a violação do domicílio careceu de legitimidade, sendo assim, o flagrante constatado, decorrente das diligências ilegítimas foi, em via de consequência ilegal.

Da mesma forma, carecem de análise sobre a licitude das diligências policiais mitigadoras da garantia à inviolabilidade do domicílio frente ao crime permanente o *Habeas Corpus* nº 106.812/Paraná, julgado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 01 de agosto de 2011 e os *Habeas Corpus* de nº 203.494/ SP e nº 183.110/ SP, ambos julgados pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicados respectivamente em 21 de setembro de 2011 e 17 de agosto de 2011.

Por outro vértice, no Habeas Corpus de nº 84.772/ MG, publicado em 12 de novembro de 2004, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi analisada a licitude da prova obtida no flagrante. Vejamos a ementa:

TRAFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA.

1. Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão em flagrante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita.

Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão.

2. HC indeferido.

Ocorre que neste caso, o mencionado *Habeas Corpus* fundamenta seu posicionamento sobre a prevalência da persecução penal em detrimento da inviolabilidade, não apenas pelo fato do crime de tráfico ser caracterizado como um crime permanente, mas também pelo fato do acusado já estar sendo investigado pela polícia. Vejamos trecho do *Habeas Corpus*:

Verifica-se na análise dos autos que o Paciente, já vinha sendo investigado pela polícia, foi preso em seu domicílio, em flagrante delito, pela prática do crime previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76, em virtude de terem os policiais militares encontrarem em diversas localidades de sua residência substância entorpecente conhecida por crack.

Esta Corte já pacificou no sentido de que o crime de tráfico ilícito de drogas é crime permanente, o que enseja o prolongamento no tempo de sua flagrância delitiva, enquanto durar a permanência: (...)

Não há, portanto de se falar em ilegalidade por violação de domicílio por ter sido a prisão efetuada no período noturno pelos policiais militares na residência do Paciente, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XI, autoriza a prisão em flagrante seja durante o dia seja durante a noite, independente da expedição demandado judicial (...).

Aparentemente, no caso em tela não há razão plausível para recusar a licitude da prova obtida durante o flagrante, visto que as diligências que resultaram no flagrante foram fundadas em investigação que antecederam a efetiva violação do domicílio do suspeito.

Cumprе ressaltar que apesar da presente decisão ter mencionado que havia outros indícios que seriam suficientes para justificar as diligências efetuadas, para estar bem fundamentada, a decisão poderia ter precisado quais

foram os elementos concretos obtidos nas investigações que conduziram ao juízo de probabilidade do flagrante.

Neste caso, em que estavam presentes indícios suficientes da materialidade do delito, a exigência de um mandado de busca e apreensão poderia inviabilizar a atuação do Estado na repressão penal, por esta razão, de maneira acertada, decidiu o julgador pela licitude do flagrante e, conseqüentemente, pela licitude da prova.

Posicionamento semelhante, no qual há efetiva análise da licitude das diligências que levaram ao flagrante em crime permanente, ocorre no *Habeas Corpus* nº 86.082-6/ Rio Grande do Sul, julgado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 22 de agosto de 2008.

Perceba que atualmente não há na doutrina uma discussão aprofundada sobre a análise da licitude das diligências policiais que relativizam a inviolabilidade do domicilio ao argumento do flagrante nos crimes permanentes e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme pôde se verificar, na maioria dos casos, é omissa sobre o tema, fato este que desencadeia na perpetuação de ações arbitrárias.

CAPÍTULO IV

DA PROVA ILÍCITA

4.1– Aspectos Gerais

No processo, não há como se alcançar a verdade jurídica sem a produção de provas. Elas são instrumentos para a reconstrução dos fatos passados, alegados pelas partes, influenciando no livre convencimento do juízo. A prova proporciona maior grau de certeza sobre os fatos pretéritos dos quais se quer desvendar no processo penal.

Dissertando sobre este tema, Miguel Fenech:

(...) provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para a sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.²⁴

Ocorre que, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, a verdade dos fatos pode ser intangível, visto que a reconstrução de acontecimentos passados somente pode ocorrer por meios indiretos. Ademais, o conceito de verdade pode sofrer variações de acordo com o ser humano que a transmite:

O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios inúmeras teorias se entrecrocaram há milênios: desde as posições céticas, que excluem qualquer possibilidade de saber absoluto, passando pelas doutrinas subjetivas, psicológicas ou epistemológicas, que encaram a verdade como um estado da mente ou uma crença, até as correntes objetivas, lógicas ou ontológicas, que afirmam ser possível a idéia de verdade como correspondência entre os fatos, procuram-se respostas a esse problema fundamental e seguramente insolúvel (...)²⁵

²⁴ FENECH, Miguel. *El processo penal*. 4ªed. Madrid: Agesa, 1982. p.107, apud, MIABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 256

²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.43

Devido a dificuldade de se obter a verdade, o processo penal, que precipuamente se preocupava com a obtenção da verdade a qualquer preço, a partir do século XVIII, passou a, também, se preocupar com a proteção dos interesses do acusado.

Nesse sentido, a nossa atual Constituição Federal, visando consolidar direitos e garantias individuais que repercutem na esfera Penal, consagra em seu art. 5º, inc. LV, CRFB, o devido processo legal ao dispor que “ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula do devido processo legal desdobra-se em outros direitos, quais sejam, o direito à citação, direito a um juiz natural, direito ao duplo grau de jurisdição, direito à coisa julgada e, principalmente, direito a um julgamento baseado em provas obtidas de forma lícita e regular.

O direito subjetivo à prova tem a dúplice função de proporcionar instrumentos processuais adequados à solução de conflitos de interesses e viabilizar resultados úteis e eficazes àqueles que recorrem ao judiciário para ver os seus problemas resolvidos de forma justa.

O processo é o instrumento pelo qual a prestação jurisdicional é exercida pelo Estado, trata-se de uma forma estatal de imposição de poder. Caso o devido processo, com todas as garantias que lhe são inerentes, seja inobservado, o poder terá sido imposto de maneira autoritária, por isso fala-se que a aceitação da prova ilícita no processo afronta o devido processo penal.

Consolidando a vedação do uso da prova ilícita no processo, a liberdade probatória passou a ser limitada pelo artigo 5º, LVI, CRFB e também pelo artigo 157, *caput*, Código de Processo Penal, por meio da vedação a prova ilícita.

Preservando valores constitucionalmente tutelados, especialmente os atinentes à privacidade, dignidade da pessoa humana e a ética processual, a vedação do uso da prova ilícita é, sem dúvida, uma questão que ganha contornos ainda mais nítidos no mundo pós-moderno.

Eugênio Pacelli de Oliveira aborda o tema ressaltando a importância da vedação a prova ilícita como forma de garantir a efetividade da proteção aos Direitos individuais e a um processo justo. Vejamos:

(...) Em relação aos direitos individuais, a vedação as provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito a intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio(art.5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade,etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova -, equilibra a relação de forças relativamente á atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

26

Nesta esteira, pode-se inferir que a solução alvitada pela Constituição de 1988 imprime um indubioso caráter ético, coadunando-se com a afirmação da primazia da proteção da pessoa humana em seus aspectos essenciais, tuteladas as garantias individuais contra a busca desvairada e obsessiva da verdade.

Ressalta-se que a verdade dos fatos é uma preocupação relevante no que tange ao Direito Penal e Direito Processual Penal. Ocorre que a prova que se usa na sua reconstrução não deve violar direitos e garantias individuais, e este é o aspecto ético conferido a prova. Mesmo que a prova obtida ilicitamente seja suficiente para comprovar a autoria e materialidade do delito, imperioso que se faça a declaração da nulidade processual.

Sobre o tema, cabe citar trecho do voto do ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, relator na Ação Penal 307-3/DF:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p.344.

Corroborando com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no RE 251.445/GO, fez por bem não admitir como meio de prova, dada a violação de privacidade, as fotografias subtraídas, sem autorização, do cofre de um dentista acusado de prática de pornografia envolvendo crianças e adolescentes, sob o entendimento de que o material fotográfico, embora comprovasse a prática delituosa em comento, teria sido furtado do interior do cofre existente no consultório odontológico do acusado, desta forma, clarividente está a ocorrência de violação do domicílio do réu, o que impõe a ilicitude da prova.

Conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci:

(...) De nada adiantaria a formação de um processo repleto de garantias constitucionais, focado no juiz e no promotor imparciais, com direito a ampla defesa e ao contraditório, realizado publicamente, para a segurança de todos, além de formalizado por inúmeras regras garantistas, se o principal núcleo de avaliação, voltado a apuração da verdade dos fatos, estivesse manchado pela ilicitude(...) ²⁷.

Ademais, além de garantir a observância dos direitos e garantias fundamentais, a vedação da utilização das provas ilícitas mostra-se como um meio pedagógico em relação ao aparato policial, que deveria agir conforme os limites legais, até por que, deveria dar o exemplo à sociedade sobre a importância e necessidade de se obedecer ao ordenamento jurídico.

Segundo Eugênio Pacelli:

Mais que uma função de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas norma constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido cumpre função eminentemente pedagógica ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. ²⁸

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p.332 -333

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2011, p.335

Por este motivo, não há de se falar que a prova obtida por meio de diligências arbitrárias poderia ser convalidada mediante a constatação de um crime de natureza permanente, pois pode ocorrer desvio de finalidade, arbitrariedade ou abuso de poder, por parte dos agentes estatais, ou, ainda, a sua atuação com violação às leis penais. Desta forma, conforme preceitua Eugênio Pacelli de Oliveira:

É de se exigir, sempre, que toda ação policial ou de terceiros demonstre a idoneidade de sua conduta, a plausibilidade fática e a existência de indícios veementes da ocorrência de um crime, para o fim de se justificar a atuação em uma situação de flagrante delito. (...).²⁹

Diante da situação acima mencionada, cabe aos órgãos públicos, responsáveis pela aplicação do direito, analisar, em concreto, a regularidade ou não da ação policial e, se constatada esta deve se declarar a ilicitude da prova de modo fundamentado.

O não enfrentamento da matéria, ou sua análise superficial, especificamente nos casos que ocorram crimes permanentes, acaba convalidando e perpetuando situações atentatórias às garantias individuais.

Nos casos analisados no capítulo anterior, nos quais foi possível se vislumbrar diligências arbitrárias, o Direito foi frontalmente violado pelo próprio Estado e sua violação foi convalidada pelos Tribunais Superiores.

A devassa ao domicílio alheio, que não é baseada em fundamentação prévia e concreta da provável ocorrência do flagrante, deixa de observar a garantia constitucional esculpida do art. 5º, inciso XI, CRFB. Não há dúvidas que uma das hipóteses de mitigação desta regra é o caso de flagrante delito, mas não foi isto que ocorreu nas hipóteses estudadas em que havia apenas meras suspeitas da ocorrência de um crime por parte das autoridades policiais.

Aceitar a licitude das diligências que mitigam a inviolabilidade do domicílio ao argumento dos agentes estatais suspeitarem que determinada pessoa esteja praticando um crime é esvaziar por completo a garantia constitucional acima mencionada, visto que bastaria a alegação de meras suspeitas das autoridades

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p.373

estatais para convalidar diligências arbitrárias. Por isso impõe-se que qualquer prova obtida mediante estas diligências sejam estirpadas do processo e declaradas ilícitas.

Entendimento contrário, além de convalidar a atuação arbitrária dos agentes estatais estaria indo de encontro à finalidade do Estado de manter a pacificação social.

Conclusão

Parece ter restado claro, a partir das considerações ao longo do presente estudo, que a inviolabilidade do domicílio é a condição essencial ao exercício do direito à reserva da intimidade e da dignidade da pessoa humana, por este motivo sua mitigação deve ocorrer somente como medida excepcional, exercida dentro dos limites constitucionais e legais, como nos casos de flagrante delito.

Pelo fato do flagrante nos crimes qualificados como permanentes se prolongar no tempo, a mitigação ao princípio à inviolabilidade do domicílio também se estende. Por esse motivo, percebendo que haveria um prolongamento do lapso temporal que autoriza diligências devassadoras da intimidade tentou-se demonstrar que a mitigação de uma garantia tão fundamental somente poderia ocorrer mediante fundadas razões da existência de um delito e quando for possível vislumbrar, a partir de elementos concretos, uma situação de flagrante provável.

Não existindo a certeza visual ou fundadas razões sobre a existência do delito, mesmo que *a posteriori* seja verificada a hipótese de ocorrência de um crime permanente, não há razões para se invocar o estado do flagrante delito como autorização indiscriminada para se devassar o domicílio de outrem. Até porque, provavelmente, as diligências efetuadas no interior do domicílio, caso não tenham a devida autorização do particular ou do Judiciário, estariam eivadas de ilegalidade.

A verificação da constitucionalidade das diligências policiais deve ser anterior à própria diligência, ou seja, anterior ao próprio flagrante. O ordenamento jurídico pátrio não comporta o raciocínio que perpetua a máxima de que os fins justificam os meios, por isso a licitude da entrada no domicílio do particular não pode ser aferida pelo resultado da diligência, qual seja, o flagrante delito.

Diante da carência de fundadas suspeitas que levem à conclusão da ocorrência de um crime permanente, as diligências que mitiguem a inviolabilidade do domicílio devem ser declaradas ilícitas, juntamente com as provas que porventura sejam encontradas.

Decerto, cabe ao aplicador do Direito analisar as especificidades do caso concreto e verificar a licitude das diligências que precedem o flagrante delito.

O diagnóstico a que se tentou chegar, através da análise de jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, é de que, nas hipóteses em que verificou-se a ocorrência de crimes permanentes, os aplicadores do Direito muitas vezes não analisam a licitude das diligências que precedem o próprio flagrante delito, restringindo a problemática da questão ao resultado destas. Deste modo, em havendo prova da materialidade do crime a diligência seria considerada lícita, do contrário, não.

Por acreditar que a supressão da análise da legitimidade das diligências policiais pode convalidar arbitrariedades, afrontando, desta forma, a ética processual e o próprio Direito, faz-se necessário que o aplicador do Direito avalie estas questões e declare no processo penal a ilicitude das diligências arbitrárias de modo fundamentado, não só para proteger garantias individuais, mas também como forma de se coibir novas afrontas ao ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova no Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2

BEDÊ JUNIOR, Américo e Gustavo Senna. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703/RS, Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Decisão publicada em 03 jun. 2003. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>> . Acessado em 7 out.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616/Ro, Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão publicada em 07 out. 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615342>>. Acesso em 01 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307-3/DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Decisão publicada 13 de out. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>> Acessado em 22 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.772/MG, Relatora: Ministra Ellen Grace. Decisão publicada em 12 nov. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79654>>. Acesso em 22 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 86.082/RS, Relatora: Ministra Ellen Grace. Decisão publicada em 22.ago.2012. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542891>>. Acesso em 22 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 90.178/RJ, Relator: Ministro César Peluso. Decisão publicada em 26 mar 2010. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609638>>. Acesso em 22 set 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 106.812/Paraná, Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão publicada em 01 ago. 2011 .Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1317124>>. Acesso em 22 set.2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Ed.Damásio de Jesus, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. 1. 2ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

NERY JUNIOR, Nélon, Rosa Maria Andrade Nery. *Código Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

_____. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1.

_____, Fernando da Costa. *Direito Processual Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

