



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E SUAS
EXCEÇÕES LEGAIS**

ORIENTANDO: CRISTIANO HENRIQUE OLIVEIRA CAMPOS
ORIENTADOR: PROFA. MA. GABRIELA PUGLIESI FURTADO

GOIÂNIA
2023

CRISTIANO HENRIQUE OLIVEIRA CAMPOS

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E SUAS
EXCEÇÕES LEGAIS**

Artigo Científico apresentado à disciplina de Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, no curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO).

Prof. Orientador: Profa. Ma. Gabriela Pugliesi Furtado.

GOIÂNIA

2023

CRISTIANO HENRIQUE OLIVEIRA CAMPOS

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E SUAS
EXCEÇÕES LEGAIS**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profa. Ma. Gabriela Pugliesi Furtado Calaça

Nota:

Examinador Convidado: Prof. Titulação e Nome Completo

Nota:

SUMÁRIO

RESUMO	04
INTRODUÇÃO	05
1 O DIREITO À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO	05
1.1 O CONCEITO DE DOMICÍLIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NA DOCTRINA.....	07
1.2 A RELEVÂNCIA DO DIREITO À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO NO CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO: A REVOLTA DA VACINA	08
1.3 A IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS COLHIDAS POR MEIO DA VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO: A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	12
2 A BUSCA E A APREENSÃO NO CONTEXTO JURÍDICO DO BRASIL	13
2.1 MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONTEMPORÂNEOS	15
3 A PRIVACIDADE <i>VERSUS</i> A SEGURANÇA PÚBLICA	16
3.1 A RELEVÂNCIA DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.616 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO ENTRE A INVOLABILIDADE DOMICILIAR E A EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS	16
CONCLUSÃO	19
REFERÊNCIAS	19

O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E SUAS EXCEÇÕES LEGAIS

Cristiano Henrique Oliveira Campos¹

RESUMO: O presente artigo científico tem como escopo discorrer a respeito do direito constitucional à inviolabilidade do domicílio e, ainda, analisar quais são as exceções previstas lei. Além disso, é objetivo deste trabalho compreender como jurisprudências recentes sobre o referido tema têm engessado a atuação dos agentes de segurança pública com a supervalorização do direito fundamental acima mencionado. Para tanto, foi utilizada a pesquisa exploratória, por meio de levantamento de dados e informações bibliográficas em livros, artigos científicos e legislações revogadas e vigentes no país. O direito à inviolabilidade do lar é imprescindível para o pleno funcionamento da sociedade, dessa forma, deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. Ainda nesse sentido, a Revolta da Vacina foi um evento histórico capaz de demonstrar as consequências que podem ser ocasionadas com a invasão domiciliar reiterada praticada por agentes estatais. Todavia, ficou evidenciado que tal proteção não deve ser usada como justificativa para privar agentes policiais de realizarem suas funções legais e funcionais, a fim de mitigar os índices de criminalidades.

Palavras-chave: Investigações Policiais. Direitos Fundamentais. Direito Penal. Direito Constitucional.

INTRODUÇÃO

O direito à inviolabilidade do domicílio é um dos mais importantes e valorizados do ordenamento jurídico, sendo protegido por documentos jurídicos nacionais e internacionais. Em primeiro lugar, será preciso entender como a legislação brasileira protege a referida garantia constitucional. Além disso, será analisado um

¹ Discente do 10º período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: cristianocampos120@gmail.com.

evento histórico marcante para o contexto brasileiro, a Revolta da Vacina, que ocorreu em 1904, a fim de compreender as consequências que podem ocorrer quando a inviolabilidade domiciliar é reiteradamente mitigada por agentes públicos estatais. Ainda nesse sentido, será estudada sobre a imprestabilidade das provas no processo penal que forem colhidas em desconformidade aos princípios e direitos constitucionais, como o direito à inviolabilidade do lar.

Em segundo lugar, será estudado o instituto da busca e apreensão no contexto do direito penal no Brasil. Assim, por ser uma das principais diligências investigativas para obtenção de provas, a busca e apreensão deve ser estudada e compreendida, especialmente ao considerar que é justamente nesse procedimento que, muitas vezes, ocorre a violação do domicílio. Ainda nesse sentido, entendimentos jurisprudenciais recentes sobre o referido tema serão demonstrados e analisados, especialmente entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.

Em terceiro lugar, será objeto de estudo a ponderação entre a segurança pública e o direito à privacidade, dentro desse nicho, o direito à inviolabilidade domiciliar. Ainda, será estudado o Recurso Extraordinário nº 603.616, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, para compreender como o referido entendimento foi capaz de sopesar o direito supramencionado e a atuação policial, pois não engessou a prática dos agentes, como têm feito os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.

Para atingir os objetivos delimitados por este trabalho, serão utilizados vários métodos científicos metodológicos, especialmente o método indutivo. Ademais, serão usados procedimentos metodológicos distintos, como a análise bibliográfica de livros, artigos científicos e documentos jurídicos e legislativos.

1 O DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

O direito à inviolabilidade do domicílio, bem como o direito à privacidade, estão presentes no texto da Constituição Federal, especificamente no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, incisos X e XI, veja-se (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Assim, é possível perceber que este tema é relevante ao ordenamento jurídico brasileiro ao ponto de estar presente no texto constitucional. Os constituintes conferiram tamanha importância ao direito à inviolabilidade do domicílio e à privacidade em razão dos casos de abuso de autoridade ocorridos no período ditatorial no Brasil, no qual diversas residências eram invadidas, a fim de realizar prisões (PAULO; *et. al.*, 2015).

Nesse ínterim, a fim de assegurar a efetividade do referido direito fundamental, o ingresso no domicílio do indivíduo somente pode ocorrer por meio do consentimento do morador, em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro ou mediante autorização judicial. Ademais, cabe mencionar que, durante a noite, essas circunstâncias são ainda mais restritas, sendo legítimo ingressar no domicílio somente com o consentimento do morador, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. Nota-se, então, que não pode haver cumprimento de mandados de busca e apreensão no período noturno (LIMA, 2017).

O conceito de dia encontra diversas definições na doutrina. Sendo assim, para alguns, o dia seria o período entre o nascimento e o pôr-do-sol. Para outros, o dia seria o período entre 06:00h e 18:00h, cabe mencionar que essa definição mais precisa tem como objetivo evitar interpretações divergentes e pacificar entendimentos jurisprudenciais, conferindo às provas colhidas maiores chances de validade. Ocorre que, para alguns doutrinadores, é possível a entrada no domicílio no período após as 18:00h, caso ainda não tenha ocorrido o pôr-do-sol (LIMA, 2017).

Ainda nesse sentido, convém mencionar que é perfeitamente possível e admitido pela legislação e pela doutrina majoritária que uma diligência de busca residencial iniciada no interior da casa durante o dia se prolongue durante o período noturno. Contudo, essa previsão somente é válida caso o adiamento da diligência possa prejudicar o ato ou causar danos graves à investigação, por meio da deterioração de provas ou modificação do local (LIMA, 2017).

Nesse contexto, a fim de compreender melhor o tema deste trabalho, é necessário que alguns conceitos sejam estudados. Dessa forma, a seguir, será analisado a ideia de domicílio e quais localidades são abarcadas pelo direito à

inviolabilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela jurisprudência contemporânea e como tais aspectos podem interferir no procedimento policial e na efetivação da justiça e dos direitos constitucionais.

1.1 O CONCEITO DE DOMICÍLIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Conforme analisado anteriormente, a busca e apreensão somente pode ser realizada por meio de cumprimento de mandado judicial ou, sem a necessidade deste, em caso de flagrante delito, ou desastre, para prestar socorro ou mediante autorização judicial. Contudo, para compreender de fato este tema, é preciso definir o que seria domicílio no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Casa ou domicílio, seria, segundo a doutrina majoritária e segundo o art. 150, §4º, do Código Penal, qualquer compartimento habitado por algum indivíduo, aposento ou ocupado (mesmo que coletivamente) ou compartimento/aposento não aberto ao público em que haja ali o exercício de alguma profissão ou atividade. Além disso, cabe mencionar que escritório de advocacia, consultórios médicos, aposento ocupado de hotel ou motel, depósitos, garagens, dentre outras coisas. Dessa forma, a casa não seria pura e unicamente o local em que o indivíduo faz morada habitual e ocupa de forma permanente (LIMA, 2017).

Ainda segundo a doutrina, para ser considerado casa e ser abarcado pela inviolabilidade constitucional, não é necessário que o estabelecimento esteja fixado ao chão. Assim, ambientes como trailers residenciais, barcos ou a parte móvel de um caminhão são invioláveis (LIMA, 2017).

Existem, todavia, alguns detalhes relevantes a respeito da busca e apreensão em escritório de advocacia, os quais merecem destaque, veja (LIMA, 2017, p. 728):

Em relação à busca e apreensão em escritório de advocacia (ou mesmo nas hipóteses de escritório residencial, mas desde que o fato delituoso esteja relacionado ao exercício da advocacia), de acordo com o art. 7º, inciso II, da Lei no 8.906/94, com redação dada pela Lei no 11.767/08, a diligência, além de prévia autorização judicial decretada com base em indícios e materialidade da prática de crime por parte de advogado, com mandado de busca e apreensão específico e pormenorizado, também demanda a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse caso de busca e apreensão em escritório de advocacia, é vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes

do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, salvo se tais clientes também estiverem sendo formalmente investigados como partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (Lei no 8.906/94, art. 7º, §§ 6º e 7º). Logo, se o agente não estava sendo formalmente investigado e o crime então apurado não guardava relação com o crime que deu origem à cautelar de busca e apreensão, devem ser desentranhados os documentos obtidos por meio de busca e apreensão no escritório de seu advogado.

Por outro lado, não são compreendidos pelo conceito de domicílio as hospedarias, as habitações coletivas (que estejam abertas), os estabelecimentos comerciais, as igrejas, os bares e tavernas, dentre outros. Ademais, os veículos não são considerados casa, exceto nos casos dos trailers, conforme mencionado anteriormente (REIS; GONÇALVES, 2016).

Ocorre que somente definir os conceitos relevantes a respeito desse tema não é o bastante para compreender a complexidade e a importância da inviolabilidade domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a seguir, será ilustrado um momento histórico que ocorreu no Brasil e apontou para a extrema necessidade de proteção ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

1.2 A RELEVÂNCIA DO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NO CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO: A REVOLTA DA VACINA

A inviolabilidade do domicílio não se tornou um direito fundamental protegido pela Constituição de 1988 sem motivo preexistente. Assim, é evidente que diversos acontecimentos históricos sociais, econômicos e jurídicos influenciaram a proteção nacional e internacional ao asilo inviolável do ser humano. Neste trabalho será estudado um dos principais eventos históricos que ocorreram no Brasil, evento este que corroborou para a intensa valorização jurídica da proteção ao domicílio. Este evento foi a Revolta da Vacina, ocorrida em 1904 e em decorrência da regulamentação da aplicação obrigatória (e compulsória) da vacina por meio de a aprovação de um projeto de lei (NEVES; et al, 2020).

O mundo enfrentou diversas epidemias de inúmeras doenças. Cada local, com suas particularidades, foi acometido de algum tipo de surto de alguma moléstia. No Brasil, uma das epidemias mais fatais à população foi a de varíola. Presente no país desde o Período Colonial, a varíola era conhecida pelo alto índice de mortalidade (NEVES; et al, 2020).

Oswaldo Cruz foi nomeado como Diretor Geral da Saúde Pública durante o governo do presidente Rodrigues Alves, tendo como desafio frear a epidemia que colocava a população brasileira em risco. Médico sanitário, Cruz foi defensor e implementador da vacina compulsória. Note que se tratava de compulsoriedade e não apenas obrigatoriedade. Dessa forma, por meio da implementação da “humana lei”, a cúpula governamental utilizou o apoio popular que detinha para tornar a vacinação compulsória e tentar acabar com a epidemia de varíola (NEVES; et al, 2020).

Ocorre que a execução do plano de imunização se deu de forma truculenta, bruta, o que deixou a população resistente à vacina, uma vez que os policiais, funcionários de saúde pública e os fiscais que lideraram a campanha tinham moral discutível e abordagens violentas. Ademais, cabe mencionar que a falta de acesso à informação, especialmente da população carente, dificultou ainda mais o processo de implementar e criar adeptos à vacina, já que diversos questionamentos surgiam e, muitas vezes, não eram respondidos pelo poder público (NEVES; et al, 2020).

Nesse ínterim, existiam diversos posicionamentos políticos e sociais a respeito da abordagem governamental: para alguns o que deveria ser questionado era a obrigatoriedade da vacina, uma vez que, segundo essa parcela de pensadores e políticos, o indivíduo deveria escolher se vacinar ou não; para outros intelectuais, a crítica dar-se-ia à abordagem feita e não necessariamente à obrigatoriedade. Rui Barbosa, intelectual conhecido e referenciado na contemporaneidade, acreditava que obrigar alguém a inserir um vírus que causava temor e receio à população beirava à criminalidade, além da imoralidade (NEVES; et al, 2020).

Porém, era necessário implementar o sistema de vacinação, uma vez que a varíola continuava a dizimar a população brasileira, especialmente na capital do país, à época, o Rio de Janeiro. Nesse sentido, para o governo, a implementação da vacina era uma medida necessária, já que seria interesse de saúde pública. Sendo assim, para garantir a efetividade da medida, o projeto de lei abrangia todas as idades, de recém-nascido aos idosos e, ainda, previa a aplicação de multas e demissões sumárias, sendo a interposição de recursos muito limitada (NEVES; et al, 2020).

Segundo Sevchenko, *apud* Neves et al (2020, p. 296), após a aprovação do projeto de lei, lideranças de movimentos populares se reuniram e, após serem ordenados para tal, policiais interviram no comício, com o intuito de realizar prisões, contudo, os agentes foram atacados por pedras, veja:

No dia seguinte, em um comício marcado pelos líderes da Liga Contra a Vacinação Obrigatória, fundada dias antes sob presidência do senador Lauro Sodré, algumas vozes populares sobressaíram por meio de discursos improvisados que mantinham o ímpeto popular. Após receberem ordem para intervir, as autoridades policiais foram vaiadas e provocadas pela multidão, chegando a receber pedradas nas tentativas insatisfatórias de realizar algumas prisões. A polícia não conseguiu conter o motim e controlar o combate. A população, se aproveitando das obras e reformas que estavam sendo realizadas no centro da cidade, se armou com pedras, paus, ferros, e outros instrumentos. O número de feridos subia de acordo com a intensidade do combate. Acuada, a população procurava refúgio nas casas vazias e nos becos, onde a atuação militar não era viável.

Na manhã do dia 12, na sede do Centro das Classes Operárias, os políticos de origem militar e positivistas de oposição, Lauro Sodré e Barbosa Lima, tentaram assumir o comando do movimento popular e politizar a revolta. Para eles, toda a insurreição significava um esgotamento do programa político e econômico dos presidentes que sucederam a Floriano Peixoto, sendo, portanto, uma manifestação popular pela volta do republicanismo férvido e consagração de seus próprios projetos políticos. Porém, o drama vivido pela população se distanciava das causas que os líderes queriam imputar ao motim, uma vez que este era apenas uma luta por respeito às suas condições quanto indivíduos e seres humanos. Esse distanciamento de causas e objetivos foi crucial para que a Liga perdesse sua força de atuação, enquanto a ira da população ganhou um “vigor inimaginável, prorrompendo a legião dos amotinados numa fúria incontida contra praticamente todos os veículos que se achavam nas ruas centrais da cidade”.

Como forma de garantir a efetivação do procedimento vacinal, agentes sanitários foram autorizados a invadir domicílios para aplicar a vacina, com ajuda, inclusive, de agentes de segurança pública (policiais). Essas invasões não foram exclusividade dos cortiços habitados pelas classes sociais mais vulneráveis, uma vez que comerciantes, médicos e advogados também precisaram se proteger das violações cometidas pelo governo (CANTISANO, 2015).

Nesse sentido, o que estava em pauta, para os moradores da então capital brasileira, era a inviolabilidade do lar, uma vez que os agentes de saúde invadiam as residências para aplicar as vacinas. Assim, o principal argumento utilizado para defender a não-compulsoriedade da vacina era no sentido de ser a inviolabilidade domiciliar um valor tradicional, o qual significava o pátrio poder exercido pelos chefes de família. A questão, então, não era apenas sobre a desconfiança no método (a vacina) e a obrigatoriedade deste, mas, principalmente, sobre proteger o lar e a intimidade da família (CANTISANO, 2015).

Durante os expurgos sanitários ordenados pela Diretoria Geral de Saúde Pública, ou seja, da entrada nas residências dos cidadãos, independentemente de autorização, para vaciná-los, a inviolabilidade domiciliar foi utilizada por pessoas de todas as classes sociais como forma de resistência aos abusos propagados pelo

governo. Cabe mencionar que Rodrigues Alves, presidente desta época, expediu diversos decretos, os quais visavam regulamentar os procedimentos de higiene do referido período. Dentre esses decretos, o que talvez tenha sido o mais polêmico foi o número 5.156, expedido em 08 de março de 1904 (CANTISANO, 2015).

Nomeado formalmente como “Regulamento Sanitário”, pouco tempo depois o Decreto começaria a ser chamado pela população de “Código de Torturas”. Por meio deste documento legal, foram regulamentadas ações da polícia sanitária, com a finalidade de isolar, desinfetar e realizar a vigilância médica do serviço de profilaxia geral de moléstias infecciosas, a exemplo da febre amarela e da varíola. Por meio do Decreto nº 5.156, foi autorizado a interdição e desocupação de prédios habitados, quando fossem registrados casos de contágio, condições higiênicas inadequadas e aglomeração de moradores. Quando tais problemas fossem considerados irreparáveis, era permitido demolir o edifício (CANTISANO, 2015).

Ademais, por meio do referido decreto, iniciaram-se diversas práticas violentas e arbitrárias, por meio, justamente, das inspeções e dos expurgos. Dessa forma, os locais onde estariam localizadas as chamadas “classes suspeitas”, ou seja, pessoas pobres e com pouco acesso à saneamento básico e condições de higiene, eram os principais alvos. Estalagens, cortiços, casarões antes abandonados, foram constantemente violados, despejados e demolidos. Cabe mencionar que o Código Penal de 1890 não previa o direito à inviolabilidade do domicílio para essas moradias (CANTISANO, 2015).

Por outro lado, não fora apenas as casas de pessoas de classes sociais e econômicas desfavorecidas que foram alvo dos expurgos. As casas da pequena burguesia, como comerciantes ou profissionais liberais (médicos, advogados, dentre outros), que estivessem em bairros considerados suspeitos ou próximos a edifícios identificados como núcleo de propagação de doença, também foram violados. Assim, um amplo debate sobre a constitucionalidade ou não das ações sanitárias foi iniciado, uma vez que o artigo 72, §11, da Constituição de 1891 previa que uma das exceções à inviolabilidade do lar era justamente a previsão em lei sobre tal permissão, o que era o caso do Decreto, que tornava legal a invasão (CANTISANO, 2015).

A seguir, note o que dispunha a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 sobre o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (BRASIL, 1891):

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei.

Assim, a Revolta da Vacina não foi longa e não existem documentos que comprovem que alguém tenha de fato utilizado o argumento da inviolabilidade domiciliar durante as manifestações populares para evitar ou contrarrazoar os abusos sofridos. Nesse sentido, o governo deixou de considerar a vacinação como obrigatória e decretou estado de sítio, ocasião em que diversos indivíduos considerados indesejáveis pelo governo foram eliminados, o que, claramente, não cessou com as invasões aos domicílios. Com a perseverança dos expurgos, diversos casos foram judicializados, a ponto de o assunto chegar ao Supremo Tribunal Federal, ocasião que a Corte decidiu que as invasões violavam o art. 72, §11, da Constituição de 1891, uma vez que não existia lei que autorizasse a entrada em domicílio de terceiros. Ainda segundo o entendimento do STF, não poderia o Legislativo delegar uma de suas atribuições constitucionais para o Executivo (CANTISANO, 2015).

Nesse ínterim, foi possível notar a extrema relevância do direito à inviolabilidade domiciliar, além de ter sido possível vislumbrar as consequências quando existem violações reiteradas do referido direito. Posteriormente, será estudado como esse direito foi abordado no ordenamento jurídico no decorrer dos anos até chegar na contemporaneidade, momento em que é intensamente protegido pela legislação e pela jurisprudência dominante, a ponto que, certas vezes, permite que criminosos sejam absolvidos por haver a violação domiciliar no início das investigações e tal ação contaminar as provas colhidas posteriormente, mesmo que estas sejam cabais.

1.3 A IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS COLHIDAS POR MEIO DA VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO: A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Conforme brevemente mencionado acima, as provas colhidas em desconformidade com as disposições legais e com os entendimentos jurisprudenciais sobre determinado tema são consideradas imprestáveis, pois colhidas em

desconformidade com o ordenamento jurídico. Dessa forma, a seguir, será estudada a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, responsável por este entendimento e de grande valia para o Direito brasileiro, mas que muitas vezes é utilizado sem o devido escrúpulo necessário.

As provas ilícitas, segundo o art. 157, do Código de Processo Penal, deverão ser desentranhadas do processo. Nesse sentido, segundo a orientação clássica, provas ilícitas seriam aquelas colhidas em desconformidade às normas que possuam conteúdo material, ou seja, que protejam os direitos individuais do ser humano. Ademais, para ser considerada ilícita, é preciso que a prova viole, direta ou indiretamente, alguma garantia ou princípio constitucional. Por exemplo: uma interceptação telefônica feita sem a devida ordem judicial viola o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, sendo, portanto, uma prova ilícita. Assim, as provas ilícitas são imprestáveis ao processo penal (AVENA, 2014).

Por outro lado, as provas ilegítimas são aquelas que são produzidas por meio de violação de regras processuais. Por exemplo: uma perícia realizada por um perito não oficial, que viola o art. 159, §1º, do Código de Processo Penal. As provas ilegítimas também devem ser desentranhadas do processo (AVENA, 2014).

Dessa forma, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados delimita que a contaminação do tronco envenena os frutos. Nesse sentido, as provas derivadas de provas ilícitas também são ilícitas e devem ser desentranhadas do processo. O ordenamento jurídico reconheceu a incidência de tal teoria no art. 571, §1º, do Código de Processo Penal (AVENA, 2014).

2 A BUSCA E A APREENSÃO NO CONTEXTO JURÍDICO DO BRASIL

A busca e apreensão é uma medida investigativa de extrema importância para a elucidação dos crimes ocorridos no território nacional, sendo uma das cautelares mais comuns no processo penal brasileiro. O objetivo da busca e apreensão é a obtenção de provas para auxiliar na busca da verdade real sobre determinado crime. Apesar de o termo ser utilizado em conjunto, cabe mencionar que busca e apreensão são ações diferentes, não se confundindo. Sendo assim, a busca é a diligência em si, ou seja, é a ida até o domicílio ou qualquer que seja o local, enquanto a apreensão é o ato de constringir/reter determinado objeto encontrado e

que possa ser útil ao Inquérito Policial ou ao processo. Assim, nota-se que não é impossível que haja uma busca sem que ocorra apreensão de algo (LIMA, 2016).

Nesse íterim, o art. 242, do Código de Processo Penal, delimita que a busca pode ser determinada de ofício ou a requerimento da qualquer das partes envolvidas no processo. Na busca domiciliar, somente incube à autoridade competente expedir o mandado para tal. Ao contrário da busca pessoal, que somente pode ser determinada pela autoridade policial ou pela autoridade judicial. No âmbito da busca pessoal, o art. 6, inciso II, do Código de Processo Penal determina que as autoridades policiais que tiverem conhecimento da infração devem apreender os objetos a ela relacionados. A respeito da busca pessoal, posteriormente será mencionados alguns entendimentos jurisprudenciais que podam as ações policiais e podem representar aumento da criminalidade e da impunidade (LIMA, 2016).

Ocorre que, conforme demonstrado anteriormente, a entrada em domicílio é restrita aos requisitos já estudados (flagrante delito, para prestar socorro, desastre, dentre outros). Assim, caso o agente policial ou quem quer que seja não estiver diante das situações mencionadas, o ingresso somente pode ocorrer por meio de autorização do morador ou por meio de mandado judicial. Conforme analisado anteriormente, esse entendimento também é válido para escritórios de advocacia, quartos de hotéis ocupados, dentre outros (LIMA, 2016).

O art. 240, do Código de Processo Penal, por sua vez, trata-se de um rol exemplificativo as coisas e das pessoas sujeitas à busca. Ainda nesse mesmo artigo, especificamente no §1º, é apontado que a busca domiciliar proceder-se-á quando existirem fundadas razões que a autorizarem para prender criminosos, apreender coisas achadas o obtidas por meios criminosos, apreender instrumentos de crime ou armas e munições, dentre outras finalidades.

Para este estudo, o ponto principal será a respeito dos entendimentos jurisprudenciais contemporâneos a respeito de um dos principais requisitos autorizadores para realização de abordagem e busca pessoal: a existência de fundadas suspeitas. Nesse íterim, alguns Tribunais começaram a decidir no sentido de diminuir a relevância do tirocínio policial, de forma que abordagens baseadas somente no referido “sexto sentido” do agente tonaram-se nulas, pois, segundo os julgadores, não satisfariam a necessidade de existência de fundadas suspeitas.

2.1 MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONTEMPORÂNEOS

Os entendimentos jurisprudenciais contemporâneos são primordiais para permitir a compreensão do tema proposto por este trabalho, uma vez que os Tribunais interpretam as disposições legislativas. Assim, segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento ao RHC nº 158580/BA, a alegação pura e unicamente de existência de atitude suspeita de determinado indivíduo como justificativa para realização de busca pessoal não basta para legitimar a diligência, o que causa a ilicitude das provas obtidas e de todas decorrentes dela².

Nesse sentido, para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, especificamente segundo entendimento da 6ª turma, emitido pelo Douto Ministro Rogério Schietti Cruz, afirmar que um indivíduo estava em atitude suspeita não é suficiente para autorizar a procedência de busca pessoal e, posteriormente, domiciliar. No caso mencionado acima, foram encontradas porções de entorpecentes na mochila do recorrente, todavia, em razão da justificativa utilizada pelos agentes policiais (atitude suspeita) sem que descrevessem qual atitude seria esta, as provas foram anuladas e o processo trancado.

Nesta mesma linha de pensamento, o julgamento do AgRg no HC nº 734263/RS delimitou que a denúncia anônima não é motivo suficiente para proceder busca veicular e/ou pessoal. Para o Superior Tribunal de Justiça, a denúncia anônima sem descrição precisa (justa causa) dos motivos que levam a crer que o indivíduo esteja cometendo algum crime não supre os requisitos do art. 244, do Código de Processo Penal³.

Novamente, é possível notar que a cada novo entendimento jurisprudencial, um novo empecilho para a efetividade das investigações policiais é acrescentado no cotidiano dos agentes de segurança pública. Prova disto é que no julgamento do HC nº 774140/SP, o STJ entendeu que o fato de o indivíduo possuir antecedentes criminais não é motivo suficiente para realização de busca pessoal e domiciliar. Assim, estaria ausente as fundadas suspeitas e, portanto, as provas

² (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

³ (AgRg no HC n. 734.263/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

colhidas, bem como as decorrentes delas, seriam nulas, o que ocasionaria no trancamento do processo⁴. Cabe mencionar que o motivo da imprestabilidade das provas colhidas será devidamente estudado à frente. Dessa forma, é perceptível que os entendimentos contemporâneos do Superior Tribunal de Justiça têm dificultado a prática cotidiana dos agentes policiais, além de deixar de lado, quase que completamente, a relevância do tirocínio policial, o que engessa a atuação policial e pode, a longo prazo, ocasionar resultados prejudiciais à segurança pública no país com o aumento da criminalidade.

3 A PRIVACIDADE VERSUS A SEGURANÇA PÚBLICA

Apesar da relevância jurídica e social do direito à inviolabilidade do domicílio, é evidente que nenhum direito é absoluto, sendo as exceções da referida garantia fundamental já discutidas anteriormente. Nesse sentido, sabe-se que a intensa proteção à inviolabilidade do lar pode engessar a atuação policial, impedindo que diligências importantes sejam realizadas e, se realizadas, sejam validadas no âmbito do judiciário.

Essa invalidação constante dos elementos probatórios colhidos pelos agentes de segurança pública pode aumentar a criminalidade, o que, claramente prejudica a segurança pública. A seguir, será analisado o Recurso Extraordinário nº 603.616 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, elemento jurídico extremamente relevante, que confere legitimidade às diligências policiais realizadas com o mínimo de justificativa, o oposto das decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça.

3.1 A RELEVÂNCIA DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.616 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO ENTRE A INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

O Recurso Extraordinário nº 603.616 faz menção à condenação de Paulo Roberto de Lima pela prática do crime de tráfico de drogas, tendo a ação tramitado no âmbito do Estado de Rondônia. O réu foi condenado e recorreu ao Tribunal de Justiça

⁴ (HC n. 774.140/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.)

do Estado de Rondônia, que manteve a reprimenda imposta. Irresignada, a defesa interpôs recurso no Tribunal de origem, o qual não foi conhecido, assim, foi interposto Agravo de Instrumento, que foi convertido no Recurso Extraordinário nº 603.616 (GLITZ, 2016).

Segundo o julgamento do referido recurso, Reinaldo Campanha teria saído de sua casa dirigindo um caminhão de sua propriedade, quando fora interceptado pela polícia, ocasião que foram encontrados 23,421kg de cocaína no veículo. Na mesma ocasião, o indivíduo teria confirmado aos policiais que teria recebido de Paulo Roberto, o recorrente, a droga encontrada. Assim, os agentes foram até a residência do recorrente, onde fora realizada busca domiciliar, sem a existência de um mandado de busca e apreensão judicial. Durante a diligência foram encontrados 8.542kg de cocaína no interior de um veículo, o qual pertencia a Paulo Roberto. O veículo estava estacionado na garagem da residência (GLITZ, 2016).

O motivo da irresignação da defesa era a respeito da busca domiciliar realizada pelos agentes policiais, diligência esta que teria ocorrido, aparentemente, em período noturno. Para a defesa, o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, teria sido violado e, portanto, as provas obtidas durante a busca domiciliar seriam ilícitas. Para o relator do recurso, o Ministro Gilmar Mendes, os policiais deveriam avaliar a situação e ponderar sobre a existência de elementos suficientes que pudessem levar a acreditar que, de fato, existia no domicílio algum objeto ilícito ou a ocorrência de algum crime (GLITZ, 2016).

Assim, para o Ministro, caso o policial ouça gritos ou sinta cheiro de algum entorpecente, estaria presente as fundadas razões para acreditar que dentro da residência estaria ocorrendo um crime, logo, existiria situação de flagrante, o que permitiria a entrada do agente no domicílio. Dessa forma, o policial deveria ponderar antes de entrar no domicílio se fato existem indícios suficientes que justifiquem e legitimem a mitigação do direito à inviolabilidade do lar (GLITZ, 2016).

Nesse contexto, fica evidente que, no caso em concreto, existiam fundadas suspeitas que dentro do domicílio existia situação de flagrante delito, especialmente ao reconhecer que o crime de tráfico de drogas trata-se de um crime que sua consumação se prolata no tempo (crime permanente). Logo, nota-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal favorece a atuação policial, uma vez que valora o tirocínio policial e coloca em pauta as dificuldades das situações cotidianas vividas pelos agentes de segurança pública. Portanto, é evidente que, ao contrário

dos entendimentos recentes do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal buscou reconhecer a legitimidade da atuação policial sem violar qualquer preceito fundamental, o que favorece o combate à criminalidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, por meio desta pesquisa foi possível compreender a extrema relevância do direito à inviolabilidade domiciliar. Além disso, foi possível entender que a mitigação desse direito é, muitas vezes, imprescindível para a localização de elementos probatórios capazes de comprovar a existência ou a inexistência de determinado fato criminoso. Assim, apesar da extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro e reconhecida por este trabalho à referida garantia fundamental, algumas vezes é preciso relativizá-la em prol da segurança pública do país.

Todavia, ficou devidamente demonstrado que a constante relativização do direito à inviolabilidade domiciliar gera caos social, a exemplo da Revolta da Vacina, que, após intensas e constantes invasões às residências dos indivíduos, ocasionou intenso desgaste entre poder público e população. Além disso, foram documentados diversos momentos de embate entre agentes sanitários e de segurança pública e cidadãos, justamente por estes últimos temerem a violação domiciliar. Ademais, foi possível notar que a mitigação injustificada dos direitos fundamentais ocasiona a nulidade da prova e das que dela decorrerem, uma vez que, conforme determina a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, adotada pelo ordenamento jurídico nacional.

Outrossim, foi evidenciado que a busca e a apreensão são institutos diferentes, contudo, são frequentemente realizados para a finalidade um do outro. Além disso, nota-se que a mitigação do direito à intimidade por meio da realização da busca e da apreensão possibilita a colheita de provas extremamente relevantes, que podem ser utilizadas tanto para a condenação quanto para a absolvição do indivíduo.

Ainda nesse sentido, ficou evidente que os entendimentos recentes do Superior Tribunal de Justiça têm engessado a prática policial, uma vez que deslegitima diversas ações dos agentes de segurança pública e supervalorizam o direito à inviolabilidade domiciliar e à intimidade, o que pode ser prejudicial para a segurança pública. Por outro lado, notou-se que o julgamento do Recurso Extraordinário nº

603.616, julgado pelo Supremo Tribunal Federal e de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, conferiu legitimidade às ações dos policiais, desde que baseados em circunstâncias fáticas que justifiquem a invasão domiciliar, ou seja, em elementos que levem a crer que dentro do imóvel existe situação de flagrante delito.

Finalmente, percebeu-se que, apesar da boa intenção em proteger a população e diminuir a incidência de abusos de autoridade de agentes de segurança pública, o Superior Tribunal de Justiça tem exarado decisões que podem aumentar a criminalidade, uma vez que deslegitima diversas ações prosperadas por policiais. Nesse sentido, apesar deste trabalho reconhecer a importância do direito fundamental estudado, também é reconhecido que nenhum direito humano é absoluto, logo, as mitigações são possíveis e, muitas vezes, necessárias.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: Esquematizado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Constituição (1891). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AgRg no HC nº 734263/RS**. Impetrante: Defensoria Público do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 20 de junho de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20734263>. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC nº 774140/SP**. Impetrante: Victor Hugo Anuvale Rodrigues e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 26 de setembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20774140>. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **RHC nº 158580/BA**. Recorrente: Mateus Soares Rocha. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%20158580>. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 03 nov. 2023.

CANTISANO, Pedro Jimenez. Lares, Tribunais e Ruas: A Inviolabilidade de Domicílio e a Revolta da Vacina / Homes, Courts and Streets: The Inviolability of the Home and the Vaccine Revolt. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 294–325, 2015. DOI: 10.12957/dep.2015.16529. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/16529>. Acesso em: 28 out. 2023.

GLITZ, André Tiago Pasternak. Recurso Extraordinário nº 603.616. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, n. 04, ano 03, 2016. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_4.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

NEVES, Raphaela Abud. et al. O discurso de resistência na revolta da vacina e os direitos civis. In: ROSA, Adriano. et. al. **Direitos Humanos e Fundamentais**, vol. 2. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/ebook_direitos-humanos-e-fundamentais-vol2.pdf. Acesso em: 24 out. 2023.

PAULO, Alexandre Ribas de; et. al.. Tráfico de drogas como delito permanente e possibilidade de flagrante atemporal versus direito fundamental à inviolabilidade domiciliar: (im)possibilidade de controle do poder punitivo. **Revista UNIFAMMA**, 2015. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/46720774/Revista_Unifamma_2015-libre.pdf?1466649225=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DTRAFICO_DE_DROGAS_COMO_DELITO_PERMANENTE.pdf&Expires=1697749753&Signature=fYsSC~7XviQ1wnm8q3pjxBmwPHDGW5zV1nTohdz7fUtjlm1XUmthji9oZqaRrPOqdwvxhplqbv5xdOFByc5WpxYL5p0mlcwnyK5Wds5TOoAglASPnicjkBXTDk9O6qC0ub6GRgJZOgfIGbmqDUkSTVB75BTtAJ16VE2R9Q2CqIULO7Z5eUdotIDLd9xeq89-Bd2NG7ZnQH7urlKsya-a8kH9pB-pomL-

DPHbM9JVJsGRmzSSbhuU6vXxwHJoa3QINH~2fsu3LaEosjqdixKSmzrECSF7yJFu6y-0qD26ZA3oidTEQkXeAD8IHy2YHOobbEftgl-JhJx4Vlh1mEROQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 out. 2023.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.