

**A GARANTIA DE INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: ANÁLISE DO RE 603.616/RO A PARTIR DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK**  
**THE GUARANTEE OF THE INVIOABILITY OF DOMICILE: ANALYSIS OF THE RE 603.616/RO FROM THE ARGUMENTATIVE THEORY OF NEIL MACCORMICK**

**Ana Maria D'Ávila Lopes**

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq, Ceará (Brasil).  
E-mail: [anadavilalopes@yahoo.com.br](mailto:anadavilalopes@yahoo.com.br).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2032979328162000>.

**Márcio dos Santos Alencar Freitas**

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista CAPES, Ceará (Brasil).  
E-mail: [marcioalencar\\_1@hotmail.com](mailto:marcioalencar_1@hotmail.com).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/275258833913780>.

Submissão: 31.07.2018.

Aprovação: 10.06.2019.

---

**RESUMO**

Este trabalho busca, por intermédio da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, avaliar a justiça da decisão do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, que, em sede de repercussão geral, possibilitou aos policiais invadirem o domicílio do acusado sem mandado judicial, com base em fundadas suspeitas de crime de tráfico de entorpecentes no local. Para tanto, foi realizada pesquisa doutrinária e documental no intuito de analisar o atendimento aos critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência, propostos por MacCormick. Da análise, verificou-se o não atendimento aos critérios de coerência e consequência, na medida em que a decisão não respeitou diversos valores constitucionais e fragilizou garantia notavelmente a inviolabilidade de domicílio. Concluiu-se, portanto, que a decisão do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO não atingiu o ideal de justiça devendo ser revista em prol da defesa e respeito dos direitos e garantias fundamentais vigentes no Estado Democrático brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Argumentação jurídica; Neil MacCormick; Inviolabilidade de domicílio.

---

**ABSTRACT**

*This work seeks, through the legal argumentation theory of Neil MacCormick, to evaluate the fairness of the decision of Extraordinary Appeal No. 603.616 / RO, which has general repercussion, and allowed the police to invade the defendant's home without a court order, based on suspected drug trafficking offenses at the scene. For that, a doctrinal and documentary research was carried out in order to analyze the criteria of universality,*

*consistency, coherence and consequence proposed by MacCormick. From the analysis, it was verified the non-compliance with the criteria of consistency and consequence, since the decision did not respect several constitutional values and weakened notably the inviolability of domicile. It was therefore concluded that the decision of Extraordinary Appeal No. 603.616/RO did not achieve the ideal of justice and should be reviewed for the defense and respect of the fundamental rights and guarantees in force in the Brazilian Democratic State.*

**KEYWORDS:** *Juridical argumentation; Neil MacCormick; Inviolability of the home.*

---

## INTRODUÇÃO

Muito se debate sobre as altas taxas de criminalidade e violência vividas hoje no Brasil e dos papéis da Polícia e do Judiciário para o seu combate. A cada dia, mais e mais a sociedade vem cobrando das autoridades medidas efetivas para a redução de tais índices e o restabelecimento de uma sensação de segurança que permita a convivência social.

Dentre as medidas que vêm sendo adotadas para atender essas reivindicações, encontra-se a busca e apreensão feita por policiais em residências sem o devido mandado judicial quando existente apenas a suspeita de se tratar de um ponto de venda de droga. Trata-se de uma situação que vem levantando diversos questionamentos, haja vista contrariar norma constitucional expressa (artigo 5º, XI) que autoriza a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio apenas nos casos de desastre, prestação de socorro, flagrante delito ou determinação judicial (BRASIL, 1988). Assim, questiona-se se uma vez realizada tal operação e coletado provas no local, estas seriam consideradas lícitas ou ilícitas? Tais provas, por si, poderiam ensejar a condenação do acusado? Em nome da segurança pública pode ser fragilizada a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio? A violação de domicílio, nestas circunstâncias, seria constitucional?

Esses questionamentos foram discutidos no Recurso Extraordinário (RE) nº 603.316/RO (BRASIL, 2015), julgado em 05 de novembro de 2015. Na ocasião, a tese vencedora foi que, por ser a traficância de drogas um crime permanente, o estado de flagrância perpetuar-se-ia no tempo. Sendo a flagrância uma das exceções constitucionais que permitem a invasão de domicílio, seria lícita a invasão sem a autorização judicial realizada por policiais para a busca e apreensão de provas incriminatórias no caso de suspeita do crime de tráfico.

Apesar do caráter vinculante do RE nº 603.316/RO, ensejado pela repercussão geral, verifica-se o surgimento de algumas decisões em sentido contrário à tese vencedora (ex.

Recurso Especial - REsp nº 1.574.681/RS). Este fato demonstra que o assunto não é totalmente pacífico, deflagrando discussões doutrinárias sobre o tema.

Dentre as múltiplas formas de abordar essas discussões, encontra-se a análise das argumentações que embasaram a decisão. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo geral analisar a justiça da decisão do RE nº 603.6161/RO com base na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Como objetivos específicos do trabalho, propõe-se estudar a garantia da inviolabilidade do domicílio no cenário brasileiro sob a ótica da Constituição Federal de 1988; descrever a teoria da argumentação jurídica de MacCormick; e, analisar o atendimento aos critérios da universalidade, consistência, coerência e consequência.

Para tanto, foi realizada pesquisa de cunho qualitativo, com finalidade exploratória, por intermédio do levantamento de dados bibliográficos (livros e periódicos científicos, impressos e *on-line*) e documentais (legislação e jurisprudência do STF).

## **1 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

Ensinam Sarlet e Weingartner (2013, p. 545) que a garantia fundamental da inviolabilidade de domicílio tem seus antecedentes nos principais documentos jurídicos do século XVIII. Assim, a proteção do lar foi disciplinada no artigo X da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia de 1776 e na 4ª emenda da Constituição dos EUA de 1787. Na França, embora essa garantia não constasse no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi prevista na primeira constituição francesa, aprovada em 1791.

No Brasil, a Constituição de 1824 trouxe a inviolabilidade do domicílio no inciso VII do artigo 179 (BRASIL, 1824), fato este repetido no §11 do artigo 72 da Constituição de 1891 (BRASIL, 1891) e no n. 16 do artigo 113 da Constituição de 1934 (BRASIL, 1934). Já a Constituição de 1937 disciplinou de forma bastante frágil a inviolabilidade do domicílio no n. 6 do artigo 122 (BRASIL, 1937), remetendo à lei infraconstitucional as exceções desta garantia. Todavia, em 1942 a referida garantia foi suspensa pelo Decreto 10.358, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional (BRASIL, 1942).

Em 1946, já sob ares democráticos, o §15 do artigo 141 (BRASIL, 1946) assegurou a inviolabilidade do domicílio com redação similar ao das constituições anteriores a 1937. De forma semelhante, a redação foi mantida no §10 do artigo 150 da Constituição de 1967 e no

§10 do artigo 153 da Emenda nº 1 de 1969<sup>1</sup> (BRASIL, 1969). Por fim, a Constituição de 1988 (CF/88) disciplinou a inviolabilidade descrita no seu inciso XI do artigo 5º (BRASIL, 1988)

De fato, a CF/88, refletindo os anseios de uma sociedade pluralista e evitando quaisquer resquícios do estado de exceção anteriormente vivido, consagrou no seu artigo 5º uma série de direitos e garantias fundamentais. Dentre as garantias previstas no texto constitucional encontra-se a inviolabilidade de domicílio<sup>2</sup> (artigo 5º, XI), cujo objeto é a proteção ao direito fundamental da intimidade<sup>3</sup>. Ela pode ser sintetizada na máxima inglesa “*my home is my castle*”.

Deste modo, a casa passou a ser um recinto inviolável que nem o Estado pode intervir no que ocorre dentro daquele ambiente. Todavia, o próprio texto constitucional trouxe algumas exceções, que serão tratadas mais a frente, interessando neste momento entender o atual significado da palavra “casa”, contida no artigo 5º, XI da CF/88.

O Código Penal (CP) - Decreto-lei 2848/1940 (BRASIL, 1940), ao tratar do crime de violação de domicílio (artigo 150), no seu parágrafo 4º, enumera uma série de habitações que podem ser consideradas casas: qualquer compartimento habitado (inciso I), aposento ocupado de habitação coletiva (inciso II) e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce a profissão ou atividade.

Todavia, a palavra “casa” graças ao trabalho interpretativo feito pela doutrina e jurisprudência, teve seu significado ampliado, sendo entendida como uma projeção espacial do indivíduo (MACHADO, 2014, p. 139). Para Sarlet e Weingartner (2013, p. 548) a “casa” é “todo espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade” com intuito de nele residir ou exercer atividades profissionais, podendo o espaço constituir um quarto de hotel (pensão ou qualquer outro estabelecimento coletivo), um escritório, qualquer dependência de uma casa, não importando se a residência ou o mister seja temporário, provisório ou permanente, necessitando apenas que seja exercido de uma forma que garanta a privacidade do indivíduo nele localizado.

---

<sup>1</sup> Sarlet e Weingartner (2013, p. 546) esclarecem que, durante a vigência da Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, a inviolabilidade do domicílio esteve bastante fragilizada, sendo muitas vezes desrespeitada pelas autoridades policiais, apesar de estar prevista de forma semelhante ao das constituições democráticas.

<sup>2</sup> Sarlet e Weingartner (2013, p. 547) consideram que a inviolabilidade do domicílio é, em si mesma, um direito fundamental, possibilitando ao indivíduo ter um lugar capaz de desenvolver de forma livre sua personalidade, de poder exercer seu direito a ser deixado em paz, não se confundindo este direito com o direito à posse ou propriedade.

<sup>3</sup> O direito à intimidade consiste no direito à solidão, à reserva e ao isolamento (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 328).

São titulares desta garantia pessoas físicas ou jurídicas, não necessitando a propriedade do bem, bastando a mera posse provisória (SARLET; WEINGARTNER, 2013, p. 549). No que concerne às pessoas físicas, estas podem ser nacionais ou estrangeiras.

É cediço que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por disposições expressamente constitucionais ou leis infraconstitucionais baseadas nos valores constitucionais (BRASIL, 2016, p. 384). Sarlet (2011, p. 390) entende que o raciocínio das restrições anteriormente traçado pode ser transportado para as garantias constitucionais.

No caso da inviolabilidade do domicílio, o próprio constituinte originário elencou no artigo 5º, XI, quatro situações que independem do consentimento do proprietário ou possuidor do imóvel a ser invadido. São estes: a determinação judicial (somente durante o dia); no caso de desastre, prestação de socorro ou flagrante delito durante as 24h do dia.

Quanto à determinação judicial, Martins (2013, p. 290) aponta que deverá ter uma base legal, além de ser devidamente fundamentada. O traço polêmico deste tópico é a determinação do que seja dia. Segundo o autor, a maior parte da doutrina, por questão de segurança e padronização, aponta ser considerado dia o período das 6 às 18h. Critérios como o da luminosidade trazem inconvenientes em face da alteração do período de luminosidade no decorrer do ano e de região para região.

Os dois primeiros casos de exceção à inviolabilidade de domicílio não causam muitas polêmicas doutrinárias. Segundo Martins (2013, p. 289 e 290) a invasão de domicílio em caso de desastres ou de prestação de socorro visam, respectivamente, proteger o interesse da coletividade e do próprio titular do direito.

O flagrante, e a prisão dele decorrente, vem disciplinado no Código de Processo Penal (CPP) - Decreto-lei 3.689/1941 (BRASIL, 1941) nos seus artigos 301 a 310. Para Marcão (2016, p. 719), flagrante seria o delito que está sendo ou acaba de ser cometido, não podendo ser confundido com as situações de flagrante contidas no artigo 302 do CPP<sup>4</sup>.

Deste modo, havendo uma circunstância de flagrância a CF/88 autoriza a entrada da autoridade policial para a prisão do infrator e a devida coleta de provas relativas ao ato infracional, não importando que a invasão se dê de dia ou à noite. Pensara o constituinte que, pela própria instantaneidade da conduta criminosa, não haveria tempo hábil para o policial solicitar uma ordem judicial. Sendo assim, em um flagrante de homicídio ou de um roubo, por exemplo, a autoridade policial tem a permissão constitucional para invadir a casa e efetuar a

---

<sup>4</sup> São situações de flagrante contidas no artigo 302 do CPP: flagrante próprio (incisos I e II), flagrante impróprio (inciso III) e flagrante presumido (inciso IV). Além destes tipos de flagrante, existe o flagrante preparado, flagrante forjado, flagrante esperado e flagrante postergado (BRASIL, 1941).

prisão, haja vista a preservação de bens jurídicos maiores envolvidos (vida, integridade física, patrimônio) além de garantir a segurança pública.

Ocorre que há crimes (denominados permanentes<sup>5</sup>) cuja conduta criminosa se protraí no tempo, permanecendo o infrator em estado de flagrância enquanto continuar praticando a conduta delitiva, conforme artigo 303 do CPP (BRASIL, 1941). Por serem permanentes, a imediata ação do policial em invadir o domicílio não seria justificável, sendo a cautela necessária. Poderia, por exemplo, um policial ao receber uma denúncia de ocultação de cadáver, coletar outras provas indiciárias para decidir invadir o local, evitando, assim constrangimento do morador e apuração de responsabilidade da conduta em caso de insucesso, especialmente porque, segundo Martins (2013, p. 289), toda interpretação constitucional de exceção deve ser feita de maneira restritiva.

## 2 A TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK.

As garantias constitucionais objetivam a proteção de direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado. Estas também transparecem o caráter democrático do diploma legal que se consubstancia na proteção da vontade das minorias, em face aos desejos da maioria por intermédio de uma série de restrições políticas (STRECK, 2014, p. 522 e 523). Segundo Streck, para que as garantias sejam devidamente concretizadas, deve-se combater o arbítrio da discricionariedade das decisões proferidas pelos juízes (2014, p. 523).

No intuito de combater este arbítrio, atendendo os ditames do artigo 93, XI da CF/88 (BRASIL, 1988), o novo Código de Processo Civil (CPC) - Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015) trouxe no seu artigo 489, *caput* e §1º a necessidade de fundamentação de todas as decisões e quais seriam os elementos que caracterizariam a fundamentação. O fato é que a fundamentação constitui uma garantia das partes de fiscalização das decisões prolatadas e ao mesmo tempo possibilitam a exercerem, caso insatisfeitas com o teor das mesmas, o seu direito a recurso.

As decisões jurídicas podem e devem ser justificadas, sob pena de se cair no determinismo ou decisionismo metodológicos. Para o determinismo não é necessário justificar porque as decisões advêm de autoridades e/ou de resoluções de aplicação de uma norma geral. Já para o decisionismo, a desnecessidade de justificação decorre das decisões jurídicas serem atos de vontade (ATIENZA, 2014, p. 340-346).

---

<sup>5</sup> Crimes como ocultação de cadáver do artigo 211 do CP (BRASIL, 1940), tráfico de entorpecentes do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006) seriam exemplos destes tipos de crimes.

Contra essas correntes, as teorias da argumentação jurídica vêm ganhando um especial destaque, como a proposta pelo jurista escocês Neil MacCormick, que defendem a necessidade da fundamentação das decisões para a justiça do Direito.<sup>6</sup>

Para MacCormick, a argumentação jurídica objetiva não apenas persuadir pessoas, mas apresentar boas justificativas das decisões tomadas, “boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões” (MACCORMICK, 2009, p. 19). Atienza (2014) aponta que MacCormick construiu uma teoria que visa unificar aspectos descritivos e normativos, dedutivos e não dedutivos, formais e materiais da argumentação.

Em seus estudos, MacCormick (2009, p. 127) mostra que nem em todos os casos é possível o uso do modelo de argumentos dedutivos para sua resolução. Há casos em que mais de uma solução pode ser apresentada, competindo ao julgador promover a escolha de uma delas. Esse processo de justificar estas escolhas foi denominado pelo autor escocês de justificativa de segunda ordem (MACCORMICK, 2009, p. 129). Este processo consiste na análise de alguns critérios capazes de identificar, dentre as soluções apresentadas, a melhor ou a mais acertada. Esses critérios são universabilidade, coesão, coerência e consequência.

O critério da universabilidade permite determinar se as razões de uma determinada decisão poderão ser utilizadas para casos semelhantes. MacCormick (2009, p. 99-100) alerta que o caráter universal não deve ser confundido com o geral. Para o autor há uma diferença de grau, estando aquele em grau superior a este. Uma decisão pode ser universal e geral (aplicado a todos sem distinção de especificidade) ou universal específica (aplicado a todos que estejam naquela situação diferenciada).

A coerência é conceituada como a propriedade que um conjunto de proposições têm, ao serem analisadas em conjunto, de fazerem sentido em sua totalidade. O autor divide este critério em dois tipos, a coerência narrativa e a coerência normativa: enquanto a coerência normativa dispõe que um conjunto de normas só é tido como coerente se estas forem justificadas por princípios e valores hierarquicamente superiores (coerência em face do ordenamento jurídico interno), a coerência narrativa analisa se um conjunto de ações narradas se vinculam (MACCORMICK, 2016, p. 319-392).

Já a coesão é definida como vínculo entre as proposições seria maior do que o encontrado na coerência (no caso normativa), haja vista ser contrastado com todo o ordenamento jurídico. Enquanto na coerência algumas proposições podem ser aparentemente

---

<sup>6</sup> Silva (2014, p. 191) aponta que a teoria da argumentação jurídica possui uma dupla função: referência para a validação de uma decisão e controle das decisões proferidas.

conflitantes, mas ao serem tomadas em seu conjunto apresentarem um sentido, na coesão não pode haver contradição entre as proposições da decisão e a ordem jurídica (MACCORMICK, 2009, p. 135)

Por fim, o critério da consequência proposto por MacCormick busca verificar se os argumentos utilizados para a decisão vão gerar consequências melhores se comparadas com outras alternativas de solução (MARTINS, ROESLER e JESUS, 2011, p. 214). MacCormick (2009, p. 147) aponta que devem ser utilizados para esta avaliação critérios como “justiça”, “senso comum”, “proveito público” etc.

Para o auxílio na avaliação destes critérios MacCormick (2010, p. 70) apresenta três tipos de argumentos interpretativos: argumentos linguísticos, argumentos sistêmicos e argumentos teleológicos/deontológicos. Para o autor (2010, p. 70 e 71), os argumentos linguísticos são aqueles que buscam o significado de palavras ou expressões contidas em um texto jurídico. Os significados obtidos por este tipo de interpretação poderão ser tanto os comumente atribuídos para as palavras, quanto aqueles de cunho técnico.

Por sua vez, os argumentos sistêmicos buscam avaliar o texto jurídico dentro de um determinado ordenamento jurídico, que, por sua vez, pode ser decomposto em seis critérios (argumentos) distintos: argumentos de harmonização contextual<sup>7</sup>, argumentos de precedentes<sup>8</sup>, argumentos de analogia<sup>9</sup>, argumentos lógico-conceituais<sup>10</sup>, argumentos dos princípios gerais do Direito<sup>11</sup> e argumentos da história<sup>12</sup> (MACCORMICK, 2010, p. 71 e 72).

Por fim, MacCormick (2010, p. 73 a 75) aponta que os argumentos teleológicos visam analisar o texto em consonância com a finalidade da norma que o regula, ao passo que o argumento deontológico vincula a análise do texto com a ideia de justiça.

Todavia, como todo conhecimento científico, a teoria da argumentação jurídica de MacCormick sofre uma série de críticas, a exemplo das apontadas por Atienza (2014), quem enumera uma série de críticas formuladas ao longo dos anos, que vão desde a questão de ser

---

<sup>7</sup> Buscam estudar o inter-relacionamento do texto jurídico com as leis que lhe são próximas ou da mesma matéria. Nesse sentido, a interpretação do texto normativo deve levar em conta o sistema (ou microssistema) no qual está inserido.

<sup>8</sup> A interpretação de um texto jurídico pelo magistrado deve ser realizada em consonância com o que já fora interpretado e decidido para o mesmo assunto em outros tribunais.

<sup>9</sup> Objetivam interpretar um texto jurídico de modo semelhante (análogo) ao que se interpreta em leis, códigos, que contenham disposições similares.

<sup>10</sup> Aqui buscam manter o entendimento dos conceitos jurídicos elaborados pela doutrina quando da interpretação de um texto jurídico de modo que se mantenha uma harmonia do sistema como um todo ou de um de seus ramos.

<sup>11</sup> Havendo algum princípio geral do Direito aplicável ao texto jurídico, deve-se buscar a interpretação que este fique em maior consonância com os demais princípios, dando-o condizente com o seu grau de importância.

<sup>12</sup> A interpretação deverá levar em consideração o desenvolvimento histórico que o instituto jurídico sofreu no decorrer do tempo.



uma teoria conservadora, que nem sempre a justiça de acordo com o Direito positivo será justiça, chegando a questionar os raciocínios da lógica dedutiva apresentadas em sua obra.

Apesar dessas críticas, a teoria da argumentação jurídica de MacCormick tem se transformado em uma ferramenta muito útil à disposição dos juízes para auxiliá-los na justificação de suas decisões, bem como um valioso instrumento o controle da correção das decisões judiciais por parte da sociedade. Tendo como base a teoria apresentada, competirá no próximo tópico a análise do RE 603.616/RO.

### **3 ANÁLISE DO RE 603.616/RO**

Uma vez expostos os contornos conceituais gerais da teoria da argumentação jurídica de MacCormick e da inviolabilidade do domicílio traçadas pela Constituição de 1988, resta, neste momento, promover a análise da adequação da decisão prolatada no RE 603.616/RO sob os critérios da universalidade, consistência, coerência e consequência estabelecidos pelo doutrinador escocês.

O RE 603.616/RO foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 05 de novembro de 2015, contra decisão da 1ª Câmara Penal do Estado de Rondônia, que manteve a condenação do autor por tráfico de drogas, sendo alegado como razões do recurso, que a violação de domicílio do impetrante se dera de forma irregular, coletando-se, na ocasião, provas (supostamente nulas, haja vistas oriundas de uma alegada invasão ilegal do domicílio) que foram as únicas apresentadas para a sua condenação.

No julgamento, a tese vencedora sustentada pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes obteve oito votos a favor, tendo apenas um ministro votado contra. Abstiveram-se os Ministros Luís Roberto Barroso e Carmem Lúcia.

A seguir, a análise do atendimento dos critérios universalidade, consistência, coerência e consequência, nos moldes propostos por MacCormick.

#### **3.1 Universalidade**

A universalidade da decisão, ou seja, a possibilidade dos seus fundamentos serem utilizados em outras decisões, foi determinada pelo próprio STF ao atribuir repercussão geral ao RE 603.616/RO e adotar a Tese 280: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de

flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados” (BRASIL, 2015a)

Desse modo, tribunais e juízes de primeiro têm a obrigação de, diante de situação fática similar, seguir a Tese 280, nos termos previstos no artigo 987, §2º do CPC (BRASIL, 2015b).

Caso algum tribunal ou juiz de primeiro grau decida não seguir esse entendimento, a parte interessada poderá promover uma reclamação perante o STF (artigo 988, III do CPC). Já na situação contrária, ou seja, caso seja a parte a requerer o não uso da Tese 280, deverá mostrar ausência de semelhança fática.

### **3.2 Consistência**

No que concerne à consistência, não se evidenciou discrepância entre a tese do voto vencedor e o acórdão publicado. Durante a votação cogitou-se restringir o cenário da tese somente aos crimes de tráfico, não sendo finalmente acolhida no acórdão em concordância com a votação da maioria dos Ministros.

Em outro momento do julgamento, o Ministro Relator Gilmar Mendes, Relator do Recurso, chegou a cogitar a possibilidade do ato policial não ser submetido a controle judicial prévio ou posterior, em face da tese do exercício legal putativo, entretanto, mudou de posição apresentando, no final, a tese de controle judicial posterior do ato policial, no que foi seguido também pela maioria dos seus pares.

### **3.3 Coerência.**

Quanto à coerência, esta precisa ser analisada sob dois aspectos: a coerência narrativa e a normativa. Em relação à primeira, ou seja, se os argumentos se referem aos fatos narrados no caso, no relatório do Acórdão não há uma descrição pormenorizada da situação fática que ensejou a condenação do autor do recurso extraordinário, não sendo, portanto, possível chegar a qualquer conclusão sobre o assunto.

A respeito do segundo aspecto da coerência, isto é, da concordância da decisão com os valores do ordenamento e da legislação pertinente, é fácil perceber que a decisão prolatada contraria os valores constitucionais da presunção de inocência, do direito à intimidade e à igualdade, bem como da inviolabilidade do domicílio.

A inviolabilidade de domicílio que foi concebida pelo legislador constitucional como regra, em face da tese vencedora, passa a ser tratada quase como exceção. Em nome da

segurança pública foi dado à polícia um poder discricionário sem tamanho. Deixar a decisão de invasão de domicílio a cargo exclusivo da autoridade policial configura um retrocesso desta garantia fundamental.

Ademais, é incongruente se pensar que a decisão de busca e apreensão que é feita mediante um suporte de evidências suficientes que ensejem a concessão da medida seja possível somente durante o dia ao passo que uma suspeita mais superficial da flagrância possa ensejar a violação de domicílio durante o dia ou a noite.

Sendo assim, conclui-se que a decisão analisada não observou o critério da coerência externa apresentada por MacCormick.

### **3.4 Consequência.**

O critério consequência permite identificar as repercussões – positivas e negativas – que uma decisão pode provocar. No caso concreto, embora a decisão do RE 603.616/RO conceda uma maior margem de atuação à polícia para realizar buscas e apreensões, contribuindo no combate ao crime, o certo é que também abre a possibilidade de se cometerem maior número de arbitrariedades e abusos, fragilizando a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, o que significa um dano maior.

Esse dano é ainda mais tangível no caso da população economicamente mais pobre, em virtude do tratamento diferenciado que as abordagens policiais acostumam adotar em relação à classe econômica a que pessoa abordada pertence. A realidade mostra que as forças policiais geralmente não adotam grandes cautelas para ensejar a invasão domiciliar dos economicamente desprivilegiados. Todavia, quanto maior a classe econômica do suspeito, maiores os cuidados acostumam serem tomados para a invasão do domicílio. Aqui, provavelmente a simples suspeita não será suficiente para a abordagem, levando a força policial a observar por um certo período o local e o comportamento dos seus habitantes, podendo chegar até a pleitear o provimento judicial da busca e apreensão com receio de alguma represália.

Igual situação discriminadora acontece em função da raça, sendo os afrodescendentes as maiores vítimas da discriminação policial. Estes têm uma maior probabilidade de terem suas casas invadidas como consequência de um nível de suspeita de flagrância muito menos apurada que no caso de indivíduos brancos (PODEROSO, 2018).

Outra questão que preocupa refere-se ao do erro de avaliação. A invasão de domicílio, a abordagem efetivada numa blitz ou em algum espaço público baseadas apenas em suspeitas costumam ser frágeis. São decisões baseadas mais em análises subjetivas do que em

avaliações técnico-objetivas, podendo gerar falsos flagrantes e consequentes pedidos de indenização contra o Estado, comprometendo mais ainda o orçamento público.

Todavia, o medo de serem responsabilizados por uma invasão infundada pode provocar que alguns policiais plantem provas falsas no local. Como é cediço, os servidores públicos possuem uma presunção *juris tantum* de veracidade de suas afirmações. Em uma demanda judicial entre a palavra da autoridade pública, as provas por ela apresentadas contra a palavra do acusado, com sua fragilidade em provar sua inocência, a probabilidade deste ser condenado, apesar de sua inocência, é alta.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que, embora a decisão proferida em sede do RE 603.616/RO embora tenha buscado conferir maior eficiência à segurança pública, não atende ao critério da consequência por ensejar um número muito maior de repercussões deletérias fragilizando diversos de direitos constitucionais, tais como a igualdade e a intimidade, gerando, inclusive, a possibilidade de indenizações a serem pagas pelo Estado.

## 5. CONCLUSÃO

A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick propõe um modelo objetivo de analisar a justiça de uma decisão. Para tanto, ao decompor a decisão em argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológicos/deontológicos o estudioso do Direito (ou o seu operador) decodifica os argumentos apresentados e utiliza-os como base da análise dos critérios da universabilidade, consistência, coerência e consequência.

Nos moldes da teoria, a justiça de uma decisão está vinculada à observância de que esta possa ser aplicada a casos semelhantes no futuro (universabilidade); que não exista contradição entre os argumentos levantados e a decisão final (consistência); que guarde concordância com os fatos narrados (coerência narrativa) e os valores constitucionalmente relevantes (coerência normativa), bem como as repercussões positivas sejam maiores do que as negativas (consequência).

No caso objeto do presente trabalho, observou-se que o Recurso Extraordinário nº 603.316/RO não atendeu os requisitos da coerência normativa nem da consequência. Em face deste quadro, tal decisão não atinge ao ideal de justiça, devendo ser revista a tese pelo Supremo Tribunal Federal com a possível modificação de seu conteúdo.

O Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição, deve sempre se ater ao fato de ser um poder que deve preservar o máximo

possível os direitos e garantias fundamentais, exercendo seu papel democrático de não ceder a pressões externas, principalmente relativas à segurança pública.

Enquanto a tese não seja revista, deve o policial buscar um suporte de provas capazes de ensejar o flagrante, nos moldes constitucionalmente previstos, não sendo suficiente a suspeita baseada em análise superficial subjetiva do suspeito, optando pela solicitação de autorização judicial para busca e apreensão como regra de conduta, sendo a invasão sem essa cautela uma situação excepcionalíssima.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm?TSPD\\_101\\_R0=c96e0db70161c3a9a75ccad8ec280a23q8k0000000000000000def212bbfff0000000000000000000000005aa470e80049e924d6](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm?TSPD_101_R0=c96e0db70161c3a9a75ccad8ec280a23q8k0000000000000000def212bbfff0000000000000000000000005aa470e80049e924d6)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

A GARANTIA DE INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: ANÁLISE DO RE 603.616/RO A PARTIR DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK

BRASIL. *Decreto nº 10.358*, de 31 de agosto de 1942. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Deilton Ribeiro. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito brasileira*. São Paulo, v.15, n.6, p. 376-398, set./dez. 2016.

BRASIL. *Ementa Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105. *Código de Processo Civil*. de 16 de março de 2015b. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.574.681/RS*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 de abril de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575162&num\\_registro=201503076023&data=20170530&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575162&num_registro=201503076023&data=20170530&formato=PDF)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 603.616/RO*. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 280*, 05 de novembro de 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang,

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. Rev. tradução: Marylene Pinto Michael. 2.ed. São Paulo: Editora WMF, 2009.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. Tradução: Jorge Luis Fabra Zamora e Laura Sofia Guevara. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, n. 33, p. 65-78. 2010. Disponível em: <[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32593/1/Doxa\\_33\\_04.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32593/1/Doxa_33_04.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

MACCORMICK, Neil. *Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Tradução: José Angel Gascon Salvador. Revisão: Luís Veiga Reñón. Lima: Palestra Editores, 2016.

MACHADO, Iuri Vitor Romero. Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparado. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. Curitiba, v.6, n.10, p. 135-166, jan./jun. 2014.

MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações e possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v.16, n.2, p. 207-221, mai./ago. 2011.

MARTINS, Leonardo. Art. 5º, 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. In:

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005.

PODEROSO, Emília Silva. Estereótipos dos suspeitos e ação policial : expressões e consequências. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2018. Disponível em: <<https://ri.ufs.br/handle/riufs/7789>> Acesso em: 19 jun. 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 19.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. *Revista dos direitos fundamentais e democracia*. Curitiba, v.14, n.14, p. 544-562, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/470/358>> Acesso em: 18 jun. 2018.

SILVA, Nailton Gomes. Método para compor e avaliar argumentos jurídicos. *Revista Direito e Liberdade*. Mossoró, v.16, n.3, p. 189-226, set./dez. 2014.

STRECK, Lênio Luís; LEONCY, Léo Ferreira (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 285-290.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5.ed., rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.