

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
CURSO DE DIREITO

Arthur Feltrin Milani

**A (I)LEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE ANTE A VIOLAÇÃO
DOMICILIAR NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

Santa Cruz do Sul
2020

Arthur Feltrin Milani

**A (I)LEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE ANTE A VIOLAÇÃO
DOMICILIAR NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Eduardo Ritt
Orientador

Santa Cruz do Sul
2020

Aos meus pais, *Dagoberto e Roseane*,
bem como demais pessoas que fazem parte do meu convívio social,
pela compreensão nos momentos em que se abstiveram da nossa convivência
e pelo incentivo na conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A palavra “agradecimentos” nos traz à mente um rol imenso de pessoas que direta ou indiretamente estão sempre nos auxiliando nas questões da vida. Nomear cada uma delas seria extremamente difícil, haja vista, a possibilidade de cometer-se o disparate de esquecer algumas delas.

Todavia, é importante salientar que o presente trabalho não seria possível sem o apoio incondicional dos meus pais, Dagoberto e Roseane. Agradeço-lhes por cada minuto de atenção dedicada, cada palavra de incentivo proferida e por todas as vezes que se abdicaram de algo a fim de realizar o meu sonho. Vocês são verdadeiros guerreiros e eu serei eternamente grato por isso.

Além dos meus pais, agradeço a todos os meus familiares que sempre lançaram palavras motivadoras para a realização desse trabalho e durante esses 05 (cinco) anos compreenderam a minha ausência.

A minha irmã, caçula, que além das inúmeras palavras de incentivo e motivação proferidas, sempre apoiou nas minhas tarefas e de certa forma alegrar o ânimo durante essa caminhada.

Aos meus amigos, sim amigos, em especial, o Pedro Henrique de Freitas e Yuri da Silveira Neu, pois convivemos juntos durante esses 05 (cinco) anos, realizamos trabalhos juntos, estudamos e até mesmo discutimos juntos por alguma causa, o meu eterno agradecimento. Saibam que levo comigo as melhores lembranças dos nossos momentos e já sinto saudades de tudo o que passamos juntos.

O meu mais sincero agradecimento ao Professor Eduardo Ritt, meu orientador, cujo apoio, comprometimento e competência me guiaram na construção deste trabalho, desde a escolha do tema à indicação de material bibliográfico.

Por fim, aos demais professores e coordenadores do curso durante esses 05 (cinco) anos, que de uma forma ou de outra me apoiaram, instigando sempre a melhorar e nunca parar de estudar e buscar minha realização profissional.

“Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”

(Ulpiano)

RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar a possibilidade ou não de invasão domiciliar sem mandado judicial em crimes de tráfico de drogas a luz da inviolabilidade domiciliar e do entendimento jurisprudencial, sob a ótica do direito constitucional e do direito penal. Nestes termos, questiona-se: Qual o conceito de domicílio a fim de aplicação prática, bem como em quais hipóteses haveria a possibilidade da invasão domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas? Para tanto, o trabalho tem por finalidade uma pesquisa básica estratégica, com o objetivo descritivo, abordagem qualitativa, método dedutivo e procedimento de pesquisa bibliográfico, bem como procedimento de pesquisa documental, com obtenção de dados, principalmente em leis e pesquisas jurisprudenciais. O conceito de casa e o cuidado na realização da busca e apreensão surgem como exigências permanentes, estabeleceu-se que o conceito de casa é mais amplo no direito penal que no direito civil. Todavia, a jurisprudência em recentes decisões, vem admitindo a possibilidade de invasão domiciliar, sem mandado judicial, desde que cumprido alguns requisitos, sob o argumento de que tal medida não ofende os direitos fundamentais, haja vista a expressa exceção no artigo 5º, inciso XI, da Carta Maior, e que o legislador ao prever a inviolabilidade do domicílio, objetivou proteger o cidadão de bem, e não agasalhar o crime e criminosos sob o manto da escuridão.

Palavras-chave: Conceito domicílio. Flagrante delito. Inviolabilidade do domicílio.
Mandado judicial. Tráfico de drogas.

ABSTRACT

The present study has the objective to analyze the possibility or not of home invasion without court order in drug trafficking crimes in the light of home inviolability and jurisprudential understanding, from the perspective of constitutional and criminal law. In these terms, the question is: What is the concept of home for practical application, as well as in what hypotheses would there be the possibility of home invasion without a court order in drug trafficking crimes? For this purpose, the work aims at basic strategic research, with the descriptive objective, qualitative approach, deductive method and bibliographic research procedure, as well as documentary research procedure, with data collection, mainly in laws and jurisprudential research. The concept of home and care in carrying out the search and seizure appear as permanent requirements, it was established that the concept of home is broader in criminal law than in civil law. However, the jurisprudence in recent decisions, has admitted the possibility of home invasion, without a court order, provided that some requirements are met, under the argument that such a measure does not offend fundamental rights, given the express exception in Article 5, item XI, of the Carta Maior, and that the legislator, by predicting the inviolability of the home, aimed to protect the citizen from good, and not to wrap up crime and criminals under the cover of darkness.

Keywords: Home concept. Flagrante delicto. Inviolability of the home. Court order. Drug trafficking.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	10
2.1	O conceito de domicílio.....	11
2.2	Intimidade e vida privada.....	16
2.3	Integridade física e moral.....	17
2.4	A inviolabilidade domiciliar e suas exceções.....	17
2.5	Dos critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para a definição do período referente ao dia e noite.....	19
3	A LEI DE DROGAS – LEI 11.343/2006.....	23
3.1	Os delitos da Lei 11.343/2006.....	26
3.2	O caso do flagrante de delito na Lei 11.343/2006.....	27
3.2.1	As modalidades de flagrante no direito penal brasileiro.....	27
3.3	A forma de consumação dos crimes da Lei 11.343/2006.....	31
3.4	A invasão domiciliar sem mandado judicial: o caso do flagrante de delito.....	34
3.5	Da prova ilícita.....	35
4	UMA PROPOSTA DE CONTROLE CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	37
4.1	Das hipóteses de restrição a direitos fundamentais.....	38
4.2	Do posicionamento jurisprudencial brasileiro.....	39
4.3	Análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	43
4.4	Do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	46
4.5	Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	51
5	CONCLUSÃO.....	54
	REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como tema a possibilidade ou não da invasão domiciliar sem mandado judicial em crimes de tráfico de drogas a luz da inviolabilidade domiciliar, princípio elencado no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, objetiva-se uma elucidação da limitação entre a inviolabilidade domiciliar e a prisão em flagrante de delito sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas.

A principal questão a ser respondida com este trabalho reside em qual o conceito de domicílio a fim de aplicação prática, bem como em quais hipóteses haveria a possibilidade da invasão domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas?

O trabalho tem por finalidade uma pesquisa estratégica, com objetivo descritivo, abordagem qualitativa, método dedutivo, e procedimento de pesquisa bibliográfico com obtenção de dados, principalmente através de livros e artigos científicos, bem como procedimento de pesquisa documental, com obtenção de dados, principalmente em leis, doutrina e pesquisas jurisprudenciais.

Salienta-se, ainda, que para proceder ao trabalho, a presente monografia foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, o leitor será introduzido à compreensão sobre o conceito de domicílio, direitos fundamentais relacionados ao tema em questão, as exceções previstas na Constituição Federal acerca do princípio da inviolabilidade domiciliar, bem como os critérios utilizados pela doutrina para a definição do período de dia e noite.

No segundo capítulo, será apresentado a Lei de Drogas – Lei 11.343 de 2006, com breve consideração acerca desta lei, sua finalidade, tipificação dos delitos, suas modalidades, breve explicação acerca das modalidades de flagrante no direito brasileiro, a forma de consumação destes delitos, análise da situação de flagrante de delito como intervenção restritiva da inviolabilidade do domicílio, bem como breve explanação acerca das provas ilícitas e suas consequências.

No terceiro capítulo, analisa-se uma proposta de controle judicial constitucionalmente adequada no âmbito do Processo Penal, discorrendo sobre a hipótese de restrição de direitos fundamentais, do posicionamento jurisprudencial brasileiro, análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande

do Sul, do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, visto que a possibilidade da invasão domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas é um tema muito controverso e gera diversas interpretações acerca do tema, uma vez que a legalidade e a ilegalidade estão em uma linha muito tênue, tanto na caracterização do flagrante nos delitos da Lei 11.343/2006, bem como do limite dessa questão ao ponto de ser ou não permissivo a invasão ao domicílio, de forma a enquadrar-se na teoria dos frutos da árvore envenenada, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

No dia 20 de abril de 2017, em decisão unânime, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 1574681/RS, manteve a absolvição de um homem de tráfico de entorpecentes ao reconhecer a ilicitude de prova colhida em busca realizada no interior de sua residência sem autorização judicial, reconhecendo assim como ilegal a invasão domiciliar, pois segundo o relator ministro Rogério Schietti Cruz, o contexto fático anterior à invasão não permitia a conclusão da ocorrência de crime no interior da residência, sendo apenas mera intuição dos policiais acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, uma vez que “o simples fato de alguém retirar-se para dentro de casa ao avistar uma guarnição da Polícia Militar não constitui crime nem legitima a perseguição ou a prisão, menos ainda a busca nessa casa, por não ser suficientemente indicativo de algum crime em curso”.

Nesse contexto, o trabalho procurará trazer uma elucidação maior acerca do tema, bem como eventuais hipóteses (se existentes) de invasão domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas.

2 A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Atualmente vivemos em uma sociedade onde o domicílio, talvez seja o único lugar em que possamos ter um pouco de paz, conforto e principalmente segurança. Independente dos problemas que possamos enfrentar após um longo dia de trabalho, temos a plena certeza de que quando chegarmos ao nosso lar poderemos descansar com a convicção de que ninguém poderá transgredir o nosso ambiente domiciliar.

Isso porque a Constituição Federal consagra em seu art. 5º, inciso XI, o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que visa proteger o direito a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, bem como a proteção individual e familiar.

As referidas normas constitucionais importam, de modo direto, aos institutos, objeto deste estudo uma vez que elas impõem limites à legalidade da invasão domiciliar no processo penal. Dessa forma, é necessário, compreender o âmbito de incidência das referidas normas nos institutos em estudo.

Tem-se, portanto, a seguinte regra constitucional prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal de 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 seguintes termos:

[...]

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br> >).

A ideia de origem Inglesa e Americana de que a casa de alguém é o seu castelo (*my home is my castle*), ressalta a importância da inviolabilidade do domicílio desde os tempos antigos a fim de buscar a dignidade e livre desenvolvimento da pessoa humana, bem como assegurar a honra no âmbito da integridade pessoal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Tem-se como marco inicial da garantia a inviolabilidade domiciliar, no plano de direito internacional dos direitos humanos, a primeira previsão foi inserida na Declaração Americana dos Direitos de Deveres do Homem (maio de 1948), prevista no art. IX (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Tal direito de proteção contra buscas domiciliares já constava na Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, de 1776 (art. X), bem como na Constituição Americana (4ª emenda à Constituição de 1791), muito embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não abarcasse essa proteção, a primeira Constituição da França, 1791, já contemplava uma garantia de que as forças militares e policiais apenas poderiam adentrar na casa de alguém mediante ordem expedida pela autoridade civil (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

No Brasil, essa garantia ganhou previsão na Carta Imperial Brasileira de 1824, onde tratou a casa como asilo inviolável do indivíduo, passando desde então a estar presentes em catálogos constitucionais de direito fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Assim, pode-se dizer que no Brasil, o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio passou a ocupar um lugar de destaque entre os direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da vida pessoal e familiar de um modo geral, guardando inclusive íntima relação com outros direitos fundamentais, como é o caso da proibição do aproveitamento de provas ilícitas.

Desde então, o tema passou por diversos debates, que desencadeou a necessidade de uma definição acerca de seu conceito, bem como seu âmbito de proteção, uma vez que tal situação se não observada pelas autoridades policiais, pode inclusive gerar ilicitude do ato, e por consequência a ilicitude das provas obtidas pela teoria dos frutos da árvore envenenada, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

2.1 O conceito de domicílio

O texto constitucional de 1988, ao prevê a inviolabilidade domiciliar em seu artigo 5º, inciso XI, bem como elenca hipóteses de exceções da regra. Todavia faz-se necessário uma compreensão acerca do conceito de domicílio e sua aplicação no direito penal brasileiro.

O termo domicílio, no sentido constitucional tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente residência, ou, ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, podendo ser enquadrado hotel habitado, ou seja, todo local delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente (MORAES, 2011).

Ou seja, o termo casa no direito penal tem uma amplitude maior do que no direito privado, não abrangendo somente a residência domiciliar com ânimo definitivo, conforme dispõe o artigo 70 do Código Civil. Sendo assim, a legislação e a doutrina utilizam, de modo aleatório as expressões “casa” e “domicílio”.

Não obstante a Constituição Federal não tenha utilizado o termo domicílio, substituindo-a por “casa”, os referidos termos devem ser tomados como análogos, pois a proteção do domicílio, em que pese alguma variação encontrada no direito comparado acerca da sua amplitude, bem como eventuais pressupostos para sua restrição, é utilizada em sentido amplo, não guardando relação com a propriedade, mas sim com a posse para efeitos de residência, inclusive em determinados casos não de forma exclusiva para fins residenciais (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Essa interpretação no direito brasileiro se deve muito em face dos abusos praticados especialmente (mas lamentavelmente não só) nos períodos autoritários que antecedem a Constituição Federal de 1988. Assim, evidencia-se a busca de uma proteção maior tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à proteção da “casa”, dispõe como objeto de garantia descrita no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, fixou o seguinte entendimento ao julgar o Recurso de Habeas Corpus 90.376/RJ:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, IX, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel [...]. (BRASIL, 2007, <<http://www.stf.jus.br>>).

Assim, da referida jurisprudência do STF entende-se como “casa”: (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém se exerce profissão ou atividade.

Em rubrica lateral, pode se extrair a definição do que vem a ser casa a partir do artigo 150, § 4º, do Código Penal, no qual trata do crime de violação de domicílio.

Dispõe o referido dispositivo que:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a

vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

[...]

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (BRASIL, 1940, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Dessa forma, conforme a definição jurídico-penal de “casa” enunciada acima, tem-se que: I – qualquer compartimento habitado – como o próprio enunciado sugere, pode-se tirar uma ampla interpretação para conceituar “casa”, ou seja, poderá ser móvel, flutuante, por exemplo, motor-home, trailer, vagão de metrô abandonado ou até mesmo um abrigo embaixo de ponte ou viaduto, além de abranger, evidentemente, quartos de hotel, pensão, etc., não sendo necessário que o compartimento habitado esteja fixo ou afixado em determinado lugar; II – aposento ocupado de habitação coletiva – esta previsão objetiva evitar dúvidas levantadas em relação a determinados compartimentos citados anteriormente. Desse modo, se refere ao cômodo onde o sujeito mora, em que o local é destinado a moradia de várias pessoas, sendo este cômodo a sua casa, e o seu lar; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade – refere-se aqui o local onde o sujeito exerce sua profissão atividade ou negócio, como por exemplo o escritório de advogado, engenheiro, agrônomo, arquiteto, contabilista etc. (BITENCOURT, 2012).

Convém destacar que, diferentemente do que ocorre, por exemplo no quarto ocupado com hóspedes, a parte interna da administração ou até mesmo o local onde ocorre os serviços de cozinha, lavanderia, etc., ou seja, as partes abertas ao público dos referidos compartimentos, seja tanto as salas de recepções quanto de espera, onde as pessoas possam entrar e sair livremente, não estão amparados pela proteção legal, para fins penais.

A proteção se estende aos escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Recurso de Habeas Corpus 82.788/RJ:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, IX, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), 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” [...] (BRASIL, 2005, <<http://www.stf.jus.br>>).

Estabelecimentos empresariais também estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido, conforme jurisprudência do STF no HC 106.566/SP, determinando a devolução de todo material apreendido na empresa, tendo em vista a não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento (BRASIL, 2014).

Assim, a inviolabilidade domiciliar não alcança somente a “casa”, residência do indivíduo, mas também qualquer recinto fechado, não aberto ao público, ainda que de natureza profissional (escritório do advogado, consultório do médico, dependências privativas da empresa etc.) (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Ainda que tenha caráter temporário e mesmo provisório da ocupação, desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois o direito visa a proteção primária do direito à vida privada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Dessa forma, os titulares desse direito (portanto, sujeitos do direito) da garantia da inviolabilidade são, em princípio, tanto as pessoas físicas (nacionais e estrangeiros) quanto as pessoas jurídicas, visto que se cuida de direito compatível com a sua condição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Em se tratando de pessoas físicas a titularidade estende-se a todos os membros da família que residem no local, assim como até mesmo presos e internados nos limites de seu local de internação, ressalvadas eventuais intervenções previstas em lei (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Nesse âmbito, a titularidade do direito a inviolabilidade do domicílio não depende da condição de proprietário, bastando apenas a posse provisória, como no caso do quarto de hotel, de uma barraca instalada num camping etc. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Relativo à proteção das pessoas jurídicas, é importante destacar que, considerando que a primeira linha de proteção do domicílio busca assegurar o direito à privacidade, no caso das pessoas jurídicas a inviolabilidade domiciliar alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a intromissões de terceiros, ou seja, apenas os espaços físicos onde se situam os centros de direção da sociedade e onde são guardados documentos e outros bens que são afastados do conhecimento de outras pessoas físicas e jurídicas. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Nesse sentido, é possível afirmar que o Supremo Tribunal federal vem

umentando a amplitude do direito à inviolabilidade domiciliar, tornado “domicílio” um conceito constitucional mais amplo, que abarca casa, pensões, escritórios, oficinas, garagens, hotéis etc.

Atualmente, por consequência tem-se uma proteção maior, bem como uma maior probabilidade de ilegalidade na invasão domiciliar, inclusive para coleta de provas, o que leva a necessidade de uma delimitação das hipóteses lícitas, desse espaço tão sagrado pela Constituição Federal.

Todavia, o Código de Penal, preocupado com futuras dúvidas que poderiam advir da sua abrangente definição de casa, preferiu definir também o que não está amparado por esta definição no seguinte parágrafo:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

[...]

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. (BRASIL, 1940, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ante o exposto, viu-se que a norma constitucional tem por objeto a proteção não apenas da residência ou habitação do indivíduo, mas todo e qualquer lugar por ele ocupado, seja de caráter definitivo ou provisório. Assim, deve-se entender que a expressão casa, designa todo lugar que o indivíduo possa ter como refúgio e se agasalhar contra a ingerência de terceiros, ainda que local de trabalho.

No direito processual penal brasileiro, o conceito de “casa/domicílio”, mostra-se mais difícil de individualizar, pois é no âmbito do direito material que se discute a abrangência do termo. Desta forma, no processo penal, ainda que haja a divergência entre a doutrina e jurisprudência, impõe-se uma definição ampla, e de certa forma, elástica, do termo “casa”, até mesmo, em consonância com a compreensão constitucional.

Demonstrado pela doutrina e jurisprudência os devidos conceitos de casa, interessante sublinhar que as abrangentes interpretações que são dadas ao dispositivo penal, acabam atribuindo ao termo um significado quase idêntico com o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando este definiu o objeto da garantia estipulado no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2.2 Intimidade e vida privada

A vigente Constituição da República inovou, ao prever a proteção da intimidade e vida privada (artigo 5º, inciso X). Uma vez que todos os indivíduos guardam uma esfera de intimidade inatingível, que não pode, em momento algum, ser devassada.

Dessa forma, a intimidade e a vida privada não são asseguradas, apenas com a impossibilidade de violação de domicílio, da correspondência e com a proibição das interceptações telefônicas. O seu âmbito da tutela é maior e se ramifica em vários instantes, no curso da persecução penal.

Nesse sentido, Moraes (2019, p. 58, grifo do autor), referindo-se a tutela da intimidade e da vida privada dispõe:

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluímos como Antonio Magalhães, no sentido de que “as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a *função social* de uma *vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões*”.

Desta maneira, seja na realização de uma busca domiciliar ou ainda na hipótese de flagrante de delito, a inviolabilidade de domicílio e o respeito à integridade física e moral assegurados na Lei Maior, isoladamente, não protegem a intimidade e a vida privada.

Desse modo, pode-se dizer que as referidas garantias são conexas à norma constitucional da intimidade e privacidade elencada no artigo 5º, inciso X, assim, mesmo que se possa entrar em casa/domicílio alheio, ou proceder a uma revista, eventualmente obtidos na diligência, sem ter relação alguma com o fato investigado.

Da mesma forma, divulgar ou até mesmo expor quaisquer ocorrências relativas a outras pessoas, que habitam/residem à mesma casa, mas que não se acham sujeitas à persecução penal.

Moraes (2019, p. 60), nesta esteira, aponta com grande maestria:

A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal ou tributária do Estado.

Assim, mesmo que não protegendo, por si só, a intimidade do indivíduo, o ampara constitucional da “casa”, não deixa de integrar o conjunto de normas que resguardam a vida íntima da pessoa humana.

2.3 Integridade física e moral

Relativo à integridade física e moral, pode-se dizer, que as normas constitucionais ao determinarem que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (artigo 5º, inciso III da Constituição Federal) e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal) acabam por dispensar grandes considerações. Haja vista que ambos os preceitos têm por objetivo combater a violência e o abuso de poder das autoridades públicas, extrapolando a dignidade do indivíduo numa persecução penal.

Dessa forma, é indiscutível, que tanto a busca domiciliar quanto na hipótese de flagrante de delito, para atingir um resultado lícito, devem respeitar a pessoa humana, esteja presa ou em liberdade.

Ante o exposto, após a fixação do conceito de casa, da intimidade e da vida privada, bem como da integridade física e moral, faz-se necessário conhecer a amplitude das proteções constitucionais previstas no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal para melhor compreender sua abrangência.

2.4 A inviolabilidade domiciliar e suas exceções

Apesar de sua amplitude de interpretação acerca do conceito de “casa”, bem como sua linha de proteção, tal direito não é absoluto, o que também deve ser aplicado no direito à inviolabilidade domiciliar.

Conforme, leciona Bertolo (2003, p. 133), “se os direitos fundamentais não podem servir de escudo aos autores de atos ilícitos, é porque, em algumas vezes, o interesse da sociedade é maior do que o individual, e sendo assim podem ser violados”.

Assim, não seria admissível a utilização de uma garantia constitucional, como no caso da inviolabilidade de domicílio para “safar-se” da responsabilidade que a lei

dispõe.

Além da hipótese de livre consentimento prévio do titular, apenas é possível ingressar no domicílio (casa, escritório ou equivalente) nos casos expressamente previstos pela Constituição Federal.

Dessa forma, para tanto o a norma constitucional traz exceções previstas no artigo 5º, inciso XI, parte final, da CF, prevendo assim uma mitigação do referido direito fundamental.

Dispõe o referido dispositivo que:

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 seguintes termos:

[...]

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.** (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

Logo, se no caso de enchente, ou a casa de uma terceira pessoa estivesse em chamas, e houvesse uma pessoa presa na casa, ou um bebê (acidente humano ou natural), haveria a possibilidade de mitigação do direito da inviolabilidade domiciliar. Nota-se que no caso em tela, deve-se haver uma sobreposição do direito à vida sobre tal princípio.

Assim, em se tratando de caso de desastre, ou para prestar socorro, deve haver uma ponderação do direito menos importante na situação atual, ou seja, a ideia aqui seria “colocar na balança” os direitos e ver o mais importante.

Relativo à exceção de determinação judicial segue-se a regra prevista no artigo 245 do Código de Processo Penal:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta. (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Dessa forma, por tratar-se de ação que inevitavelmente impõe restrição de direitos individuais, as buscas domiciliares somente poderão ser concretizadas em caráter de exceção e, realizadas durante o dia, não sendo permitido a sua realização à noite.

Cabe salientar que, em se tratando da hipótese de consentimento do morador em permitir a busca durante a noite, é certo dizer que, este somente irá permitir, quando tenha plena certeza que não exista nada ilícito em seu domicílio, ou ao menos tiver forte convicção que não será encontrado pois está bem escondido, pois caso contrário, jamais consentirá tal busca em período além do expressamente estabelecido na Constituição Federal, como também no Código de Processo Penal.

A última hipótese e a mais controversa, na qual versa o presente trabalho é o caso do flagrante de delito, como forma de combater o cometimento de atos ilícitos em seu interior.

Segundo Bertolo (2003, p. 137), “se fosse absoluta, beneficiaria os malfeitores. A inviolabilidade do domicílio possui uma proteção maior durante a noite do que de dia”.

Todavia, a norma constitucional não deixa claro o que vem a ser flagrante delito, sendo relevante uma análise da situação.

2.5 Dos critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para definição do período referente ao dia e noite

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa um asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam.

Consoante decisão não tão recente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o tema 280, do Recurso Extraordinário 603.616/RO, de repercussão geral, firmando a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandando 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, 2015, <<http://www.stf.jus.br>>).

Tendo em vista que a própria Constituição Federal restringe inclusive a atuação do Poder Judiciário no tocante a autorização da quebra da inviolabilidade do domicílio, torna-se relevante a discussão em torno de qual o período que pode ser considerado como diurno (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Quanto a tal aspecto, contudo, doutrina e jurisprudência não oferecem resposta unânime acerca de qual seria o período compreendido como dia e noite.

Conforme leciona Moraes (2011, p. 60, grifo do autor), as hipóteses de violação domiciliar, sem consentimento do morador, são permitidas nas seguintes situações:

Dia: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou ainda, por determinação judicial. Somente durante o dia, a proteção constitucional deixará de existir por determinação judicial.

Noite: flagrante de delito ou desastre ou para prestar socorro.

Mas, então o que deve ser entendido por dia ou noite? Concordamos com Alexandre de Moraes que o melhor critério seria conjugar a definição de parte da doutrina (das 6 às 18h) com a posição de Celso de Mello, que utiliza um critério físico-astronômico: a aurora e o crepúsculo (LENZA apud MORAES, 2019).

Nesse sentido Moraes (2011, p. 61, grifo do autor apud FALCÃO, 1990, p. 186) destaca que:

Para José de Afonso da Silva, dia é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00, ou seja, “*sol alto, isto é, das seis às dezoito*”, esclarecendo Alcino Pinto Falcão que durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que a lei ordinária pode ampliar os casos de entrada na casa durante aquele período, que se contrapõe ao período da noite.

Nesse sentido também leciona Nucci (2000, p. 398), ao afirmar que a noite “é o período que vai do anoitecer ao alvorecer”, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois levante no horizonte” (MORAES, 2011, p. 61).

Desse modo, entende-se que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, pois haveria a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após às 18:00 horas, desde que não seja noite, como é o caso do horário de verão. (MORAES, 2011).

Muito embora a doutrina elenque esses dois critérios, o tema ainda não possui uma resposta unânime, havendo quem diga que o ingresso por ordem judicial somente poderá ocorrer entre as 6:00 às 18:00 horas, ao passo que para outros se trata do período entre o nascer e o pôr do sol. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Há doutrinadores que digam, em caráter alternativo, que o período diurno não poderia ultrapassar doze horas (metade do total de horas que compõe um dia), ainda

que exista luminosidade, evitando-se a insegurança e as arbitrariedades que daí podem decorrer (SARLET; MARINONI; MITIDIERO apud AGRA, 2012, p. 135).

Dessa forma acerca da aplicação do critério a ser utilizado, Sarlet esclarece que:

Tendo em conta o critério da máxima proteção do direito e da segurança jurídica que, de resto, constitui direito fundamental autônomo, a adoção do critério das 6 às 18 horas (de resto, adequada às variações provocadas pelo assim chamado horário de verão ou fuso horário” ou outro parâmetro uniforme que a lei venha a estabelecer, desde que preservado o espírito da Constituição Federal de que o ingresso deve ocorrer durante o dia, se revela como o mais adequado (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013, p. 9, <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>).

O próprio Poder Judiciário tem mostrado uma preocupação maior acerca do rigor procedimental que deve atender mesmo nos casos nos quais o ingresso domiciliar se dá com base em decisão judicial.

Nesse sentido transcrevem-se trechos de decisão no STF do HC 95.009/SP que expressam a preocupação que de modo geral tem sido veiculada em outros julgados: “De que vale declarar a Constituição que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo’ (art.5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perseguição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se o mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica ‘devassa’ (BRASIL, 2008, <<http://www.stf.jus.br>>).

Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro, usado contra quem se pretenda atingir” (BRASIL, 2008).

Importante consequência resultante da não observância desses critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que a prova obtida em situação de flagrante de delito (teoria dos frutos da árvore envenenada) configure violação de domicílio tem sido considerada como irremediavelmente contaminada e ilícita, não podendo ser utilizada, ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Todavia, muito embora este seja entendimento dominante, há que se registrar a existência do caso, no qual o Supremo Tribunal Federal no Inquérito 2424/RJ

reconheceu que haveria a possibilidade de ingresso durante o período noturno para instalação de instrumento de captação acústica em escritório de advocacia, com o intuito de obter prova de crime atribuído ao próprio titular do escritório (portanto, titular do direito a inviolabilidade do domicílio), o que acabou – mediante recurso aos critérios da concordância prática e da proporcionalidade – sendo autorizada a utilização da prova obtida (BRASIL, 2008).

Nesse sentido, é importante destacar que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade, sob pena de sua frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial. Desse modo, tem-se que a escuta ambiental não se sujeita aos mesmos limites da busca domiciliar (art. 5º, XI, da CF), bastando, para sua legalidade, e existência de circunstanciada autorização judicial (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Tal precedente, somado à falta de uma delimitação expressa no art. 5º, IX, da Constituição Federal, alimenta a discussão e gera dúvidas acerca da possibilidade de restrições não expressamente autorizadas no âmbito de proteção de garantia da inviolabilidade do domicílio (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

No Brasil, ainda mais em face dos abusos praticados especialmente (mas lamentavelmente não só) nos períodos autoritários que antecederam a Constituição Federal, não haveria de ser diferente e a expressão “casa”, utilizada como substitutiva de “domicílio”, tem sido compreendida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do STF, em sentido amplo como compreendendo o espaço físico onde o indivíduo deve poder fruir de sua privacidade nas suas diversas manifestações (SARLET; MARINONI; MITIDIERO apud FERNANDES, 2012, p. 405).

Nessa senda, é de extrema importância a observação e o respeito à garantia da inviolabilidade domiciliar pelas autoridades policiais, sob pena de ilicitude da violação domiciliar, e por consequência, a nulidade dos atos praticados decorrentes desse fato.

Ante o exposto, após a compreensão do conceito de “casa”, bem como suas exceções do direito fundamental de inviolabilidade faz-se necessário uma análise da Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, assim como a forma de consumação dos seus delitos.

3 A LEI DE DROGAS - LEI 11.343/2006

O debate sobre o tráfico de drogas é histórico e perpetua-se a ideia de repressão aos chamados “traficantes”.

Antes de falar sobre o flagrante de delito e a forma de consumação do crime de tráfico de drogas faz-se necessário uma abordagem prévia sobre a referida lei, a fim de compreender a sua criação bem como sua finalidade.

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida como “Lei de Drogas” no Brasil, é alvo de polêmicas, pois inovou quando à despenalização do consumo de drogas, mesmo mantendo a conduta como crime, prevendo apenas penas alternativas como advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa. Todavia, com relação ao tráfico de drogas, a referida Lei endureceu as penas que na antiga Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976 era de reclusão de 3 a 15 anos, e pagamento de 50 a 360 dias-multa. Hoje ao traficante é aplicada pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

A Lei de Drogas traz a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas (SISNAD), previsto no artigo 3º e seguintes, com a criação de medidas que procuram evitar o isolamento social (BRASIL, 2006).

Além disso, os tipos penais guardam em geral as características de serem tipos penais em branco¹, de perigo abstrato, de ação múltipla etc. Assim, deve-se ser analisada com bastante atenção e com uma certa profundidade tais tipos que, longe estarem de ser matéria tranquila na doutrina nacional, apresentam não raro problemas de alta complexidade.

Ademais, de maneira geral pode-se dizer que a Lei foi mais justa com uma política contemporânea de trato com as pessoas que lidam com drogas.

A Lei de Drogas traz a previsão em seu artigo 4º os princípios e objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas:

¹ Norma penal em branco: É um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas. A doutrina distingue as normas penais em branco em sentido lato e em sentido estrito. As normas penais em branco em sentido lato são aquelas cujo complemento é originário da mesma fonte formal da norma incriminadora. Nesse caso, a fonte encarregada de elaborar o complemento é a mesma fonte da norma penal em branco, há, portanto, uma homogeneidade de fontes legislativas. As normas penais em branco em sentido estrito, por sua vez, são aquelas cuja complementação é originária de outra instância legislativa, diversa da norma a ser complementada, e aqui há heterogeneidade de fontes, ante a diversidade de origem legislativa (DIREITONET, 2015, <<https://www.direitonet.com.br/>>).

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad . (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br> >).

A expressão “Direitos Fundamentais” tem sido compreendido como os Direitos Humanos incorporados na Constituição, sendo que foram reconhecidos a partir do século XVIII ², sendo que nessa época, a primeira geração de direitos reconhecidos foi a dos direitos individuais: vida, integridade física, liberdade, patrimônio, honra etc. (RANGEL; BACILA, 2015).

Dessa forma, a previsão no inciso I do artigo 4º, quando trata do respeito à “autonomia” e “liberdade” refere-se que a pessoa deve aceitar a orientação dos especialistas livremente, sem coação ou violência, ainda que seja obrigatório receber as sanções legais. Desse modo, se o usuário ou dependente praticam crimes, devem ser responsabilizados por suas ações, mas quanto à aceitação de tratamento, daí nesse caso não se pode coagir o usuário ou dependente (RANGEL; BACILA, 2015).

Assim, a previsão do artigo 4º da Lei de Drogas é clara em sua finalidade e seu âmbito de proteção.

² Os direitos humanos tem como marco na Declaração de Direitos de 1789 proferida pelos revolucionários franceses e disseminada nas Constituições de Portugal, Bélgica, Brasil (1824) e tantos outros países ocidentais que receberam o influxo do Iluminismo. (RANGEL; BACILA, 2015).

Ademais, a referida Lei estabelece em seus artigos 18 a 26-A (título III), atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

O artigo 19 dispõe:

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Esta previsão mostra a intenção do legislador em buscar uma possibilidade de mudança de vida aos dependentes de drogas, inclusive com a ajuda dos Setores Públicos.

Todavia, muito embora a intenção do legislador em buscar um caminho mais

correto e utópico, sabe-se que as leis na maioria das vezes falham não porque são omissas nos seus textos ou porque há lacunas axiológicas, mas sim porque não houve pessoas para cumpri-las, ou pessoas para realizarem-nas em vez de ficarem passivas (RANGEL; BACILA, 2015).

Ante o exposto, feitas algumas considerações prévias acerca da Lei de Drogas passa-se a analisar os crimes (capítulo III).

3.1 Os delitos da Lei 11.342/2006

O artigo 27 traz a possibilidade de aplicação de pena isolada ou cumulativa para o usuário ou dependente, ou seja, trata-se daquele que lida com a droga para uso próprio ou consumo pessoal.

A pena para o usuário de drogas está tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, no qual dispõe que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à **quantidade** da substância apreendida, **ao local** e às **condições em que se desenvolveu a ação**, às **circunstâncias sociais e pessoais**, bem como à **conduta e aos antecedentes do agente**. (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

A intenção do legislador é clara no sentido de que os dependentes de drogas ou aqueles que usam eventualmente embora não se possa atribuir uma punição tão severa quando aos traficante de drogas, não se pode também deixar de compreender que o usuário de droga sustenta o tráfico, gera problemas para a família, para a sociedade e, de um certo modo, por uma questão humanitária, não se pode esquecer que a autolesão que pratica afeta a todos de um jeito ou de outro.

Assim, o tratamento do usuário não possui um cunho punitivo, mas sim de auxílio ao usuário e ao dependente de droga, bem como para sua diferenciação com relação ao crime de tráfico de drogas (artigo 33), o juiz deverá observar o parágrafo 2º do

artigo 28, em especial relativo à “quantidade”, “ao local”, “as condições em que se desenvolveu a ação”, “as circunstâncias sócias e pessoais e “a conduta e aos antecedentes do agente”.

Dessa forma se o sujeito é pego em frente à uma boate com 35 gramas de Cocaína, pela regra do parágrafo 2º ele deverá responder pelo artigo 33, entretanto se a quantia não for significativa, por exemplo 5 gramas na boate o sujeito estaria mais aproximado do enquadramento no artigo 28, desde que não possua quantidade em dinheiro expressiva, ou seja superior ao normal.

Observa-se que a diferenciação do delito de “tráfico de drogas” e “usuário de drogas” não se encontra somente na quantidade, mas sim em uma aplicação cumulativa das demais circunstâncias anteriormente citadas.

3.2 O caso do flagrante de delito na Lei 11.343/2006

Sendo o tráfico de drogas um delito propulsor de inúmeros outros crimes, tal fato se evidencia que até os dias atuais ele é um problema globalizado.

No processo penal não é incomum que, diante de crimes graves como tráfico de drogas (hediondo por equiparação) e posse (em geral), mas também o porte (nalgumas figuras típicas) de arma de fogo de uso permitido ou restrito, ocorram prisões em flagrante quando tais delitos estariam ocorrendo no espaço domiciliar do sujeito (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Para a compreensão do flagrante de delito nos crimes de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, faz-se necessário a explicação de alguns conceitos e suas delimitações na aplicação prática.

3.2.1 As modalidades de flagrante no direito penal brasileiro

Conforme leciona Capez (2013), o termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. Ou seja, é o crime que ainda está sendo cometido ou acabou de sê-lo.

Desse modo a prisão em flagrante é medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou contravenção (CAPEZ, 2013).

A Constituição Federal assegura tal direito em seu artigo 5º, inciso LXI, no qual dispõe que:

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 seguintes termos:

[...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Conforme o Código de Processo Penal são quatro principais situações em que se reconhece a flagrância. Não podendo elas ser ampliadas, sob pena de se violar a ideia de imediatidade da prisão em relação ao fato punível, essencial ao flagrante, aspecto que deve ser levado em consideração, na interpretação dos dispositivos legais (GRECO FILHO, 2012).

Nesse sentido, o artigo 302 do Código de Processo Penal, elenca essas quatro possibilidades:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

As duas primeiras hipóteses, o agente está praticando a ação penal ou acaba de cometê-la, ou seja, tem-se o chamado flagrante real, uma vez que existe, no caso, imediatidade visual da prática da infração. (GRECO FILHO, 2012).

No flagrante próprio, também chamado de flagrante real ou verdadeiro é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou acaba de cometê-la, devendo a expressão “acaba de cometê-la” ser interpretada de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal, sem qualquer intervalo de tempo (CAPEZ, 2013).

É importante destacar, que na hipótese de o agente estar cometendo a infração penal, em grande número de casos o flagrante interrompe a atividade criminosa,

ficando a infração na fase da tentativa. Entretanto, nos crimes permanentes, o agente que está cometendo a infração penal enquanto durar a permanência, e ela já está consumada (GRECO FILHO, 2012).

A terceira hipótese de flagrante é a que ocorre durante a perseguição, logo após a autoridade policial, ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, ou seja, tem-se o chamado flagrante impróprio ou quase flagrante (GRECO FILHO, 2012).

No flagrante impróprio, também chamado de flagrante irreal ou quase flagrante é aquele que ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ato ilícito, devendo a expressão “logo após” deve ser interpretada como um espaço temporal maior que na expressão “acaba de cometê-la”, ou seja, é o tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do fato delituoso e dar início à perseguição do autor (CAPEZ, 2013).

É importante destacar que não possui qualquer fundamento a regra popular de que o prazo para a prisão em flagrante é de vinte e quatro horas entre a hora do crime e a prisão, uma vez que se tratando de flagrante impróprio, a perseguição pode levar dias, desde que ininterrupta (CAPEZ, 2013).

A quarta e última hipótese é aquela na qual o agente é encontrado logo depois de ter praticado o fato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, ou seja, tem-se o chamado flagrante presumido, pois nesse tipo não há a certeza visual da infração penal (GRECO FILHO, 2012).

No flagrante presumido, também conhecido como flagrante ficto ou assimilado é aquele em que o agente é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, não sendo necessário que haja perseguição, bastando apenas que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ato ilícito em situação suspeita (CAPEZ, 2013).

Neste caso, a expressão “logo depois” deve ser entendida como um lapso temporal maior que a expressão “logo após”, muito embora possuam o mesmo significado (CAPEZ, 2013).

Dessa forma, pode-se afirmar, que o alcance da expressão “flagrante delito”, inserida no artigo 5º, inciso, XI, da Constituição Federal, limita-se às hipóteses do artigo 302, incisos I e II, do Código de Processo Penal, apenas.

Assim, ao que tudo indica, o objetivo do constituinte foi proteger ao máximo a privacidade, somente permitindo sua violação em caos excepcionais, isto é, de dia,

por mandado judicial; de noite, ou de dia, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, sem mandado judicial.

Convém destacar ainda, o caso do flagrante compulsório ou obrigatório, quando o agente é obrigado a efetuar a prisão, não possuindo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. Ocorre em qualquer das hipóteses previstas no art. 302, do CPP, e diz respeito à autoridade policial e seus agentes, que tem o dever de efetuar a prisão (CAPEZ, 2013).

No flagrante facultativo, consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, abrangendo qualquer das hipóteses previstas no art. 302, do CPP, ou seja, se refere a faculdade dada as pessoas comuns do povo a discricionariedade de agir ou não na ocorrência de um crime (CAPEZ, 2013).

No flagrante preparado ou provocado, também conhecido como delito de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador, ocorre um flagrante preparado, quando ocorre um crime putativo instigado pelo agente provocador, ou seja, o agente provoca alguém à prática de um crime ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma (CAPEZ apud DAMÁSIO, 2013, p. 176).

No caso em tela, trata-se de modalidade de crime impossível, uma vez embora os meios empregados e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de fatores que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado (CAPEZ, 2013).

Neste sentido é a Súmula 145 do Superior Tribunal Federal: “Súmula 145 – Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (BRASIL, 2009, <<http://www.stf.jus.br>>).

Flagrante esperado, a atividade do policial ou do terceiro consiste em aguardar o momento oportuno do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento criada, dessa forma não há o que se falar em fato atípico ou crime impossível (CAPEZ, 2013).

O flagrante prorrogado ou retardado que está previsto no art. 2º, II, da Lei 9.034/95, conhecida como Lei do Crime Organizado, na qual prevê a possibilidade de o agente policial em situação de flagrante obrigatório aguarde momento oportuno para que a prisão se concretize em um momento melhor do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações (CAPEZ, 2013).

Flagrante forjado, também conhecido como flagrante fabricado, que ocorre quando os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, ou seja,

neste caso, além de não existir crime, o policial ou terceiro responderá por crime de abuso de autoridade (CAPEZ, 2013).

Em se tratando de flagrante de delito nos crimes da Lei 11.343 de 2006, tendo em vista as restrições impostas pela Constituição, para a entrada em casa alheia, tem-se por interpretação da expressão que ela se refere a hipótese de flagrante próprio, ou seja, quando alguém, no interior de uma casa, está cometendo a infração penal (TOURINHO FILHO, 2013).

Dessa forma, verifica-se que a situação de flagrante de delito, tendo em vista que os delitos da Lei de Drogas, ou seja, crimes permanentes³, a entrada domiciliar para a prisão em flagrante ocorreria na hipótese do flagrante próprio.

3.3 A forma de consumação dos crimes da Lei 11.343/2006

Relativo à forma de consumação dos crimes de tráfico de drogas é importante fazer algumas considerações acerca dos tipos penais.

O artigo 28 que tipifica a crime para o usuário de drogas, dispõe que:

Art. 28. Quem adquirir, **guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo**, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
[...]

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

Nota-se que, a conduta tipificada possui vários verbos nucleares do tipo, sendo que o verbo “adquirir” quer dizer “alcançar, conseguir, obter” ou “passar a ter a posse de (algo) mediante compra, troca, oferta etc.” e “alcançar, conquistar” (RANGEL; BACILA, 2015).

Assim nesse verbo, o tipo é instantâneo⁴, pois a consumação é atingida com a obtenção da coisa, diferentemente do que ocorre com os demais verbos nucleares do

³ Crime permanentes: É aquele cujo momento da consumação se prolonga no tempo por vontade do agente, como acontece no crime de sequestro, previsto no artigo 148 do Código Penal, que se consuma com a retirada da liberdade da vítima, mas o delito continua consumando-se enquanto a vítima permanecer em poder do agente (DIREITONET, 2009, <<https://www.direitonet.com.br/>>).

⁴ Crime instantâneo: É aquele que se consuma em apenas um instante, de imediato, sem produzir um resultado que se prolongue no tempo, embora a ação possa perdurar. É o que ocorre no crime de furto, previsto no art. 155 do Código Penal, que se consuma no instante em que a coisa é retirada da esfera de vigilância da vítima (DIREITONET, 2009, <<https://www.direitonet.com.br/>>).

tipo do artigo 28, “guardar”, “tiver em depósito”, “transportar ou trazer consigo”, são tipos de consumação permanentes.

Dessa forma, a importância prática está no fato de que aquele que adquire pode ter usado ou não a droga, pode ter perdido ou abandonado, enfim, o crime estava consumado com a obtenção, mas o sujeito ativo pode ter realizado o delito e não mais se encontrar em flagrante de delito, embora nada obste que no ato da aquisição o autor seja surpreendido em flagrante (RANGEL; BACILA, 2015).

Entretanto, nos casos dos verbos destinados para quem guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo trata-se de hipóteses e que a consumação se protraí no tempo, ensejando maior possibilidade de flagrante, enquanto a substância está na posse do agente, o que pode durar bastante tempo, além da contagem do prazo prescricional ter início somente no momento em que o autor se desfaz da droga (RANGEL; BACILA, 2015).

Portanto, os tipos do artigo 28 e § 1º são tipos de ação múltipla⁵ porquanto ainda que o agente pratique mais de uma ação descrita no tipo mediante os verbos, somente responde por um crime. Assim, se o agente adquire a droga, traz consigo e a guarda, praticando três verbos, responde somente por uma pena prevista para o tipo, pois caso contrário estar-se-ia ferindo o princípio do *bis in idem*⁶ (RANGEL; BACILA, 2015).

De outra banda, a Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, prevê em seu art. 33 o crime de tráfico de drogas:

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

§1º. Nas mesmas penas incorre que:

⁵ Crime de ação múltipla: É também denominado crime de conteúdo variado ou plurinuclear. É aquele em que a lei descreve várias condutas (vários verbos), que são separadas pela conjunção alternativa "ou". Assim, nestes casos, a prática de mais de uma conduta pelo agente, em relação à mesma vítima, constitui crime único. Podemos citar como exemplo o crime de participação em suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal, que ocorre quando o agente induz, instiga ou auxilia outrem a cometer suicídio. Nesta hipótese, se o agente praticar os três verbos contra a mesma vítima, terá praticado apenas um delito (DIREITONET, 2009, <<https://www.direitonet.com.br/>>).

⁶ Bis in idem: É um princípio jurídico que significa "bis", repetição, "in idem", sobre o mesmo. No Direito Tributário ocorre quando o mesmo ente tributante cobra um tributo do mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador, mais de uma vez. Não se confunde com a bitributação (entes tributantes diversos exigem do mesmo sujeito passivo tributos decorrentes do mesmo fato gerador). Não há, no texto constitucional, vedação expressa ao *bis in idem* e à bitributação, apesar de não se coadunarem com o sistema tributário brasileiro. Também usado no Direito Penal e Processual Penal, estabelece que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo crime (DIREITO NET, 2013, <<https://www.direitonet.com.br/>>).

- I. importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
- II. semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
- III. utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

Nota-se que qualquer pessoa pode praticar o(s) verbo(s) do tipo, pois trata-se de tipo comum, exceto na figura de “prescrever”, que implica profissional de saúde como um médico ou dentista, quando então o tipo é próprio ou especial, sendo que nesta última hipótese, o médico poderia receitar, por exemplo, anestesia proibida (cocaína) ou então um remédio em excesso com a pretensão de viciar o paciente (morfina em quantidade excessiva ou desnecessária e não autorizada) (RANGEL; BACILA, 2015).

Ademais, o artigo 33 também traz a previsão de crimes de consumação permanentes com os verbos nucleares do tipo “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar”, enquanto que os demais verbos são de consumação instantânea, conforme referido anteriormente.

Conforme leciona Nucci (2012), os crimes permanentes são aqueles que se consomem com uma única ação e o resultado se protraí enquanto durar a conduta delituosa, ou seja, a pessoa que tem em depósito de sua casa substâncias entorpecentes, enquanto ela estiver guarneendo, ela estará em consumação permanentes.

Nesse sentido é importante destacar o art. 303 do Código de Processo Penal: “Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante de delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Dessa forma, a pessoa que possui em depósito substância entorpecente: primeiramente, o agente coloca a droga dentro de sua casa, neste caso tem-se a “ação” da conduta delituosa, e a partir daí, por consequência imediata o resultado, “ter em depósito”, que se estenderá enquanto perdurar a conduta delituosa, sem a necessidade de nova ação do autor (NUCCI, 2012).

Desse modo, a efetiva falta de mandado judicial para o ingresso na residência não invalidaria a prova obtida, pois o réu estava em situação de flagrante delito,

hipótese essa autorizada pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal.

3.4 A invasão domiciliar sem mandado judicial: o caso do flagrante de delito

Conforme já visto anteriormente a Constituição Federal não proíbe a entrada em casa alheia, ainda que a noite, para fazer cessar prática delitiva, em caso de flagrante, desastre ou para prestar socorro, tudo isso sem determinação judicial, conforme o art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Assim, sob a luz do artigo 5º, inciso XI, da CF, tal situação, dispensaria mandado judicial.

Nessa linha de raciocínio precedentes do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº. 860.826) e do Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº. 188.195), que corrobora a desnecessidade do mandado judicial, se tratando de crimes permanentes.

Nessa senda, o crime de tráfico drogas por ser um delito de caráter permanente, podendo a prisão em flagrante ocorrer, inclusive no período noturno, independente da expedição do mandado judicial, determinação essa que, só pode ser cumprida durante o dia.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou ao julgar o tema 280, repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. [...] 6. **Fixada a interpretação de que 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.** 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (BRASIL, 2015, <<http://stf.jus.br>>, grifo nosso).

Desta maneira, haveria a possibilidade de invasão domiciliar sem mandado

judicial, mesmo em período noturno, quando amparada em fundada razões, ou seja, a mera suspeita não estaria apta a possibilitar a entrada no domicílio, sob pena do agente estatal ser responsabilizado ou da autoridade quando por ela outorgada.

Nessa linha, precedentes no Superior Tribunal de Justiça com o julgamento do Recurso Especial nº. 1574681/RS, no qual o relator da acusação, Ministro Rogério Schietti Cruz da Sexta Turma ressaltou que:

a mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial (BRASIL, 2017, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

O Ministro ainda destacou que embora reconheça que o combate ao crime organizado exige uma medida mais energética por parte das autoridades, mas afirmou que a coletividade, “sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente”, precisa ver preservados seus “mínimos direitos e garantias constitucionais” (BRASIL, 2017, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

Assim, entre a proteção desses direitos, ressaltou Schietti, está o de:

não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou”(BRASIL, 2017, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

3.5 Da prova ilícita

Consoante a temática no presente trabalho, é oportuno destacar também, sobre a imprestabilidade para a para a persecução penal da prova obtida ilegalmente.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI dispõe que:

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 seguintes termos:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Com o referido inciso surge assim, a expressão “prova proibida, defesa ou

vedada”, isto é, aquela que não pode ser admitida nem valorada no processo.

Convém lembrar, desde já, que a prova vedada comporta duas espécies distintas: (a) prova ilegítima e (b) prova ilícita.

Relativo à prova ilegítima, é possível afirmar que ela se configura quando a norma afrontada tiver natureza processual. Como por exemplo, o caso de um documento ser juntado na fase das alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, tendo em vista o disposto no artigo 479, caput, do Código de Processo Penal. Da mesma forma, configura-se prova ilegítima a oitiva de testemunhas de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode informar nada sobre o que soube no exercício da sua profissão, conforme inteligência do artigo 207, do CPP (CAPEZ, 2012).

Dessa forma, a prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo, ou seja, no momento em que é produzida no processo.

De outra banda, com relação à prova ilícita, é possível afirmar que ela se configura quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, seja constitucional ou legal. Assim, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais, não sendo, portanto, admitidas no processo penal brasileiro (CAPEZ, 2012).

Cita-se, como exemplo, a própria decisão referida anteriormente (Recurso Especial nº. 1574681/RS do Superior Tribunal de Justiça) que reconheceu como ilegal a invasão domiciliar por ausência dos requisitos autorizadores da entrada em domicílio sem mandado judicial.

A não observação desses requisitos leva a nulidade da prova colhida, e por consequência a nulidade das demais provas contaminadas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal (CAPEZ, 2013).

No mesmo sentido dispõe o artigo 157, §1º do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Dessa forma, só podem ser produzidas as provas de acordo com as “regras do jogo”, a fim de gerar justiça para a sociedade, bem como uma segurança jurídica na colheita de provas.

Desse modo, a inviolabilidade domiciliar é a regra geral, devendo ser excepcionalmente em fundadas razões, ou seja, fatos indicativos concretos e delimitados, devendo o juiz previamente determinar a busca domiciliar durante o dia, resguardado a possibilidade de à noite, ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante de delito, nesta última hipótese, frisando a necessidade do flagrante se basear em fatos concretos para haver uma busca domiciliar válida e autorizada pela lei.

4 UMA PROPOSTA DE CONTROLE JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Ante o exposto, após a compreensão acerca do conceito de domicílio com seu âmbito de proteção, bem como suas mitigações e análise da Lei 11.343 de 2006 faz-se necessário um olhar mais profundo na jurisprudência a fim de apresentar uma resposta constitucionalmente adequada ao nosso ordenamento jurídico sobre o tema.

Na prática do processo penal brasileiro torna-se cada vez mais comum, diante de crimes graves como os delitos da Lei de Drogas, em especial no tráfico de drogas, no tocante aos crimes permanentes, conforme visto anteriormente que ocorram prisões em flagrante quando tais delitos estariam ocorrendo no espaço domiciliar do sujeito (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Assim, frequentemente, nesses casos, a defesa postula, em preliminar, o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas e, em consequência, a declaração da nulidade nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, uma vez que a apreensão de drogas teria se dado no domicílio do réu, alegando a falta de autorização judicial e a ausência da situação de flagrância (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Todavia, a resposta jurisprudencial usual, e até onde pode-se identificar majoritariamente, afasta tal alegação, considerando as hipóteses de crimes de consumação permanentes, conforme demonstrado anteriormente, haja vista o ingresso dos policiais no interior da residência mesmo sem autorização judicial estaria juridicamente justificado, desde que verificada a situação de flagrância (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Entretanto, apenas o estado de flagrância não estaria apto a ponto de autorizar o ingresso de policiais sem mandado judicial na casa do sujeito, conforme o julgado anteriormente citado (Recurso Especial nº. 1574681/RS do Superior Tribunal de Justiça), devendo, portanto, estar acompanhada de outros elementos autorizadores, que indiquem autoria e materialidade do crime, não bastando a “mera intuição” ou a “suspeita” do agente (BRASIL, 2017).

Dessa forma, por se tratar de ação que inevitavelmente impõe restrição de direitos individuais, as invasões domiciliares sem mandado somente devem ser concretizadas em caráter de exceção.

4.1 Das hipóteses de restrição a direitos fundamentais

Devidamente evidenciado a relevância do princípio da inviolabilidade domiciliar, como também, o posicionamento doutrinário em relação ao horário permissivo das buscas domiciliares, bem como a previsão do flagrante de delito, passa-se a demonstração de algumas hipóteses de restrição a direitos fundamentais que importam ao tema.

Preliminarmente, sabe-se, que os direitos fundamentais não surgem absolutos, podendo sofrer limitações em certos casos.

Dessa forma, tendo em vista o princípio da proporcionalidade por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, uma medida limitativa de direito fundamental deve, portanto, de modo ostensivo, ser ajustada em qualidade, quantidade, relação ao fato, tempo, lugar, estado das coisas ou pessoas.

Nesse sentido Pitombo (2005, p. 92) leciona que:

A limitação ao pleno exercício de direito fundamental deve, ainda, respeitar o chamado princípio da proporcionalidade. Vale assentar: efetivo equilíbrio entre direitos em jogo, ou em conflito. E, mais, estar demonstrado, de modo inequívoco, sua necessidade.

Ainda, nos ensinamentos de Pitombo (2005, p. 92) sobre determinados requisitos para a redução de direitos fundamentais que importam à busca e apreensão. Dispõe a autora:

A inviolabilidade da casa, da intimidade e da vida privada, e a integridade física e moral, podem sofrer restrição; mas é imprescindível que a limitação mostre-se, no caso concreto, inafastável. Assim, há que estar: (1) prevista em lei; (2) destinar-se a fins legítimos; (3) evidenciar interesse social concreto prevalecendo sobre o individual; (4) ser proporcional ao fim almejado; e (5) se ajustar, em sua concretude, à finalidade perseguida.

Segundo entendimento da doutrinadora, faltando algum dos requisitos acima enumerados, seria inaceitável a redução de direitos fundamentais, tornando-se arbitrária a limitação. Assim, a determinação para realizar a busca e apreensão, seja ela domiciliar ou pessoal, porque restritivas de direito individual, não pode ser originária em ato arbitrário, em senso largo (PITOMBO, 2005).

Desse modo, ainda que em flagrante delito, a entrada em casa alheia, deve destinar-se à investigação criminal de determinada infração penal e estar,

evidentemente, presente o interesse social da medida.

A esta altura, resta saber, então onde poderia haver a violação de direitos fundamentais na ação policial que ingressa em domicílio/casa alheio em caso de flagrante de crime permanente, especialmente, no que tange os delitos da Lei 11.343 de 2006?

4.2 Do posicionamento jurisprudencial brasileiro

Ante o exposto anteriormente, a questão apresenta um aparente verdadeiro impasse. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º inciso XI que “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”. O crime de tráfico de drogas na modalidade “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio, conforme apontado anteriormente.

Assim, com base em um raciocínio lógico-formal poder-se-ia dizer que, a priori não haveria irregularidade na invasão domiciliar pelos agentes policiais, a qualquer hora do dia ou da noite, sem a necessidade de mandado judicial, em caso de crime permanente, haja vista estar em estado de flagrante de delito permanente.

Tal afirmação, tendo apenas como base um raciocínio-formal como a única ferramenta de interpretação, restaria plenamente correta.

Todavia, embora não se pareça ilegal adentrar em domicílio/casa alheio em caso de flagrante de crime permanente sem mandado judicial, estar-se-ia fazendo a exceção virar a regra, assim deve ser utilizada com certa reserva.

No direito brasileiro, o posicionamento majoritário é aquele que se alinha com a desnecessidade de mandado judicial, sempre que se tratar de crime permanente. Entretanto, a jurisprudência, vem trazendo verdadeiros precedentes, pois afirmam que nem toda situação de flagrante permanente autoriza ação desabalada da polícia para dentro do imóvel suspeito.

No caso em tela, tem-se o precedente anteriormente citado (Recurso Especial nº. 1574681/RS do Superior Tribunal de Justiça), no qual o sujeito estava na frente de sua casa, e ao avistar a viatura da polícia militar correu para dentro de casa. Assim, os policiais ingressaram dentro da casa do sujeito e encontraram drogas, sendo o agente preso e processado por aquele delito; contudo em instância superior a Sexta

Turma do Superior Tribunal de Justiça restou absolvido, na ocasião o Ministro Rogério Schietti Cruz destacou que:

a mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial (BRASIL, 2017, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

O Ministro ainda ressaltou que embora reconheça que o combate ao crime organizado exige uma medida mais energética por parte das autoridades, mas afirmou que a coletividade, “sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente”, precisa ver preservados seus “mínimos direitos e garantias constitucionais” (BRASIL, 2017, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

Assim, entre a proteção desses direitos, ressaltou Schietti:

não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou (BRASIL, 2017, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

Na jurisprudência ora exposta, testa demonstrado que, mesmo sendo encontrado certa quantidade de droga no interior da residência do suspeito com a prisão em flagrante – os Ministros em decisão unânime apontaram a ilegalidade do flagrante porque os policiais invadiram a residência, sem indícios robustos do tráfico, com o simples conhecimento que o local era ponto de drogas, e sem mandado de busca e apreensão, mesmo nos casos de crime permanente.

Todavia, conforme veremos a seguir existe um outro posicionamento que vem se tornando cada vez mais aplicado nos tribunais o que chamo de flagrante de delito permanente e a certeza da busca findar positiva.

Não se pode negar, apesar de alguns precedentes a regra geral que tem cada vez mais se firmado, ou seja o posicionamento majoritário, é aquele que entende não haver necessidade de mandado judicial, sempre que se tratar de crime permanente. Havendo, assim, a possibilidade de invasão domiciliar, seja de dia, ou de noite, para ocorrer a prisão em flagrante de delito.

Entretanto, convém destacar que sempre que houver uma busca domiciliar sem mandado judicial e restar por negativa, sendo nada encontrado. Da hipótese

levantada, não é difícil obter a conclusão de que tais policiais poderão responder pelo crime de abuso de autoridade, previsto na nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869, de 05 de setembro de 2019, no qual dispõe em seu artigo 22:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre (BRASIL, 2019, <<http://www.planalto.gov.br> >, grifo nosso).

Podendo, ainda, o Estado ter que responder na esfera cível para indenizar os supostos infratores, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br> >, grifo nosso).

Com relação a hipótese levantada, ou seja, restando negativa a busca que objetivou o flagrante delito, destaco os ensinamentos de Bertolo (2003, p. 117 apud DROMI, 1980, p. 14).

A responsabilidade civil do Estado não é só por danos materiais, mas também por danos morais. Esse também é o entendimento de José Roberto Dromi que assevera que a responsabilidade do Estado tem lugar toda vez que uma pessoa sofra um dano – material ou moral – causado diretamente por agentes do Poder Público. E mais, que a razão jurídica da responsabilidade do Estado se encontra na lei fundamental, sem prejuízo de, expressamente, consagrarem em leis especiais, pois no Estado de Direito a verdadeira garantia tem raiz constitucional e infraconstitucional.

Ademais, leciona Bertolo (2003, p. 171) que:

No nosso ordenamento jurídico existe uma modalidade especial de responsabilidade dos agentes do Poder Público, que é a representação nos casos de abuso de autoridade. A vítima pode promover a responsabilização administrativa e penal do servidor que haja procedido com abuso de autoridade e também acioná-lo na área cível, independentemente da condenação da Fazenda Pública pelo dano causado por seu servidor, por meio de ação autônoma. Não se trata de ação regressiva prevista na Constituição Federal, mas de ação própria e direta. Apesar disso, entendemos que a novel Constituição derogou esse dispositivo no que se refere à indenização, pois atualmente ela prevê que é do Estado a responsabilidade civil. Com isso, a vítima deve propor a ação de indenização contra o Estado e não diretamente, contra o funcionário. Se agir em nome do Estado, é este o responsável por eventuais danos. Também pode, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação de indenização ser proposta contra o Estado e o agente causador do dano.

Dessa forma, como bem salienta o doutrinador, ao ingressar sem domicílio alheio, sem mandado judicial, a legitimidade da ação policial dependerá da efetiva descoberta do crime, isto é, caminharão os agentes numa verdadeira linha tênue entre a “certeza” de findar positivo a busca domiciliar, restando lícita à apreensão ou, serem, eventualmente, responsabilizados pelo crime de abuso de autoridade, bem como indenização por danos materiais e/ou morais no cível. Da mesma forma, poderá ser responsabilizado objetivamente o Estado, quando seus agentes praticarem um ilícito ou violação ao direito de outrem. Ou seja, é do Estado a responsabilidade pelos atos dos seus funcionários que nessa qualidade causem a terceiros, não sendo necessário que o prejudicado prove culpa daquele, bastando haver uma relação de causalidade entre o ato prejudicial e a administração.

Diante do exposto, após a demonstração das duas possíveis abordagens, como respostas, bem como eventuais responsabilizações por parte do Estado, passa-se ao posicionamento jurisprudencial acerca do tema.

4.3 Análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

A seguir, faz-se necessário analisar alguns recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a respeito do tema: inviolabilidade domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas, no qual cito os julgados:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. ECA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS *DELITOS* DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. APELAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE PELA ILEGALIDADE DA *INVASÃO* DE *DOMICÍLIO*. REJEIÇÃO.

MÉRITO. PLEITO DE IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. NEGADO. PROVA SUFICIENTE. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. READEQUAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA. Preliminar. **Não há falar em nulidade da invasão de domicílio realizada pelos policiais no momento da apreensão, uma vez que o ato infracional de tráfico de drogas é análogo a crime permanente, o que sujeita os agentes a situação de flagrante contínuo, o que permite a invasão de domicílio realizada.** Mérito. Comprovadas nos autos a materialidade e autoria dos atos infracionais, correta a procedência da representação. Depoimentos dos policiais militares produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que merecem total credibilidade, especialmente quando corroboradas pelo contexto do caderno de provas. Alteração para a medida socioeducativa de internação, com possibilidade de atividades externas, tendo em vista as circunstâncias e gravidade dos atos infracionais, bem como as circunstâncias do representado. Apelação da defesa desprovida. Apelação do Ministério Público parcialmente provida. (Apelação Cível, Nº 70083984054, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 16-04-2020) (RIO GRANDE DO SUL, 2020, <<http://www.tjrs.jus.br>>, grifo nosso).

No caso em tela, trata-se de recurso interposto pela defesa, inconformado com a sentença que julgou procedente nos autos do procedimento para apuração do ato infracional movido pelo Ministério Público, que em sede preliminar buscava nulidade por ilegalidade da invasão domiciliar em crime de tráfico de drogas cometido por menor (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

No Acórdão os Desembargadores da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em unanimidade rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso da defesa e deram parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para aplicar a medida socioeducativa de ICPAE (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

O desembargador José Antônio Daltoé Cezar (Relator) explicou que:

Em preliminar, a defesa alega nulidade do processo por ilegalidade da apreensão em flagrante, já que realizada em violação aos direitos individuais do adolescente. Não vislumbro a ocorrência da alegada nulidade, uma vez que o ato infracional de tráfico de drogas é análogo a crime permanente, o que sujeita os agentes a situação de flagrante permanente, o que autoriza, assim, a invasão de domicílio tal como realizada pelos policiais no caso em análise, pois configura uma das exceções previstas no art. 5º, XI, da Carta Magna (RIO GRANDE DO SUL, 2020, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Ainda, no referido acórdão, convém ressaltar o depoimento da policial militar Patrícia:

Relatou que estavam em patrulhamento de rotina quando viram o representado, o qual correu para um beco quando avistou a polícia. Disse que acompanharam o adolescente e conseguiram realizar a abordagem no pátio da residência. Afirmou que durante a revista pessoal, encontraram dois tabletes de maconha, um pino de cocaína e grande quantidade de dinheiro

com o adolescente. Narrou que perguntaram ao adolescente se ele tinha algum outro material ilícito no local, momento em que o representado entregou uma submetralhadora caseira e dois carregadores, os quais estavam enterrados no pátio da residência. Disse ter recebido informações que o adolescente era gerente de um ponto de tráfico, porém não o conhecia (RIO GRANDE DO SUL, 2020, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

O Desembargador Cezar ressaltou que:

Os agentes policiais descreveram as circunstâncias que determinaram a abordagem do representado, após ele ter corrido da viatura policial, tendo seus depoimentos apresentado conteúdo de verossimilhança. Além disso, as declarações prestadas em juízo pelas testemunhas merecem credibilidade, uma vez que os policiais militares, ao serem ouvidos, prestaram compromisso como qualquer outra testemunha. Logo, não se vislumbra qualquer hipótese de que eles tenham comparecido em juízo para prestar falsas informações a atribuir falsa conduta ao representado (RIO GRANDE DO SUL, 2020, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Nesse sentido, o julgado do Habeas Corpus Criminal:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Com efeito, extrai-se que o decreto prisional encontra-se suficientemente fundamentado na garantia da ordem pública e embasado em circunstâncias específicas do caso concreto, havendo comprovação da materialidade e suficientes indícios da autoria *delitiva* em nome do paciente, sendo apreendido, no total, “950g de maconha, 5g de crack, 6g de cocaína e R\$ 562,50”. Saliendo que a existência de condições pessoais favoráveis, tais como a eventual primariedade, bons antecedentes, residência fixa, trabalho lícito, conduta abonada, entre outros, não é suficiente para determinar a liberdade provisória, ainda mais quando constatado, a partir das circunstâncias referidas, que a decretação da prisão é devida, como no caso. **Quanto à invocada nulidade do flagrante em face da ausência de mandado judicial, importa salientar que o crime de tráfico de drogas é permanente, sendo que em casos de flagrante não há que se falar em invasão de domicílio pela ausência de determinação judicial prévia, conforme se infere da redação da garantia fundamental insculpida no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, que 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." Na hipótese, o ingresso dos policiais posteriormente foi justificado pela apreensão do material tóxico, restando configurada, portanto, a exceção constitucional descrita, face a situação de flagrante delito ocorrida. [...]** No que tange ao pedido subsidiário formulado pelos impetrantes de aplicação das medidas cautelares previstas no art.319 do Código de Processo Penal, tenho por bem indeferi-lo, dado o caráter *permanente* do crime de tráfico de drogas, sendo latente o risco de reiteração da atividade criminosa pelo paciente, diante das circunstâncias do caso em tela. À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.(Habeas Corpus Criminal, Nº 70083612515, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 13-03-2020) (RIO GRANDE DO SUL, 2020, <<http://www.tjrs.jus.br>>, grifo nosso).

No caso em tela, em tela foi impetrado Habeas Corpus em favor de Claudiomiro Gomes, alegando a nulidade do flagrante em função da ausência de mandado de busca e apreensão, bem como a não realização da audiência de custódia, bem como a ausência dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

No Acórdão os Desembargadores integrantes da segunda Câmara Criminal, em unanimidade votaram por denegar a ordem. Segunda a Desembargadora Rosaura Marques Borba (Relatora) destacou que auto de prisão em flagrante lavrado atendia todos os requisitos formal, afirmou que na ocasião que após denúncia, uma guarnição dirigiu-se até o bar e, após verificação foi encontrado Claudiomiro Gomes, com quantia significativa de dinheiro dividida em diversas notas fracionadas e, com Richard Luiz da Silva, que no momento em que a guarnição chegou ao Bar, o sujeito foi rapidamente para sua casa, ainda no bar foram encontradas diversas pedras de crack. Posteriormente após nova denúncia que o dono do bar estaria guardando drogas em uma casa abandonada próximo ao seu estabelecimento comercial, os policiais com o apoio dos cães, encontraram no interior do bar outras drogas como maconha, crack e cocaína. Assim diante dos fatos os sujeitos foram presos em flagrante (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

A Relatora, no tocante ao pedido de nulidade de prisão em flagrante, ressaltou:

Quanto à invocada nulidade do flagrante em face da ausência de mandado judicial, importa salientar que o crime de tráfico de drogas é permanente, sendo que em casos de flagrante não há que se falar em invasão de domicílio pela ausência de determinação judicial prévia, conforme se infere da redação da garantia fundamental insculpida no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, que 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." Na hipótese, o ingresso dos policiais posteriormente foi justificado pela apreensão do material tóxico, restando configurada, portanto, a exceção constitucional descrita, face a situação de flagrante delito ocorrida (RIO GRANDE DO SUL, 2020, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Dessa forma, o Tribunal de Justiça vem colecionando julgados (dezembro de 2019 a abril de 2020) nessa linha de pensamento, os quais cito mais alguns como: Apelação Criminal nº. 70082656075, Apelação nº. 70083609511, Apelação nº. 70083482232, Apelação nº. 70082296807, Apelação nº. 70078667896, Apelação nº. 70082429796, Apelação nº. 70082689837 e Apelação nº. 70080802952 (RIO GRANDE DO SUL, 2019; 2020).

Em tais julgados supracitados, em todos houve o pedido de reconhecimento de nulidade da prisão em flagrante por violação domiciliar em crimes de tráfico de drogas, e alguns até de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, mas em todos os casos o recurso foi desprovido e a preliminar foi afastada.

Portando o posicionamento jurisprudencial atual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é no sentido de que em se tratando de crime de tráfico de drogas, nas modalidades consideradas como crimes de caráter permanente tem-se que haveria sim a possibilidade de ingresso em residência/casa sem mandado judicial tendo em vista a situação de flagrante contínuo, desde que comprovada a materialidade e autoria com a apreensão do material tóxico.

4.4 Do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Outrossim, faz-se necessário analisar alguns recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema: inviolabilidade domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas, no qual cito os julgados:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INVASÃO NA MORADIA PELA POLÍCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRISÃO PREVENTIVA ILEGÍTIMA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.

[...]

3. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar ao dispor que "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".

4. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à privacidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

5. O ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

6. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no

interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

7. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

8. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar a casa em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade.

Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso na moradia alheia a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

9. A análise feita no acórdão permite concluir que a autoridade policial se dirigiu à residência do acusado após informações "de conhecimento da Agência de Inteligência da Polícia Militar", somadas à notícia anônima prévia. Ao chegar no local, os agentes públicos apreenderam R\$920,00 com o réu. Em seguida, ingressaram no domicílio do recorrente, sem a sua permissão e independentemente de autorização judicial prévia.

10. Em princípio, o ocorrido (confisco de R\$920,00 com o acusado) não foge à normalidade. Nem mesmo há, nos autos, comprovação da "inteligência da PM" que justificasse a entrada na morada do acusado.

11. Às notícias anônimas somou-se apenas a apreensão [posterior à entrada na residência, diga-se] de 11g de maconha e 22g de cocaína, além de uma balança de precisão - esta justificada pelo réu por necessidade de se nutrir com dieta regrada, em decorrência de colesterol alto, gastrite e tumor na próstata -, para a tentativa de tornar aceitável o ingresso no domicílio do acusado e a sua prisão provisória, ao argumento de que o delito supostamente cometido é permanente.

12. Ausentes, in casu, as fundadas razões a embasar a diligência realizada e a cautela pessoal mais extremada do réu.

13. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido, para tornar sem efeito a decisão que converteu o flagrante em constrição preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da segregação cautelar do acusado caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade.

(RHC 117.380/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019) (BRASIL, 2019, <<https://ww2.stj.jus.br/>>, grifo nosso).

No caso em tela, trata-se de recurso em habeas corpus proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no qual a defesa alegava a ausência de motivação idônea para decretação e manutenção da prisão preventiva do acusado, pela suposta prática de crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2019).

Na ocasião, em busca domiciliar realizada por policiais atuantes no flagrante, durante a abordagem, em busca na residência do sujeito foram encontradas 22 gramas de cocaína, bem como 11 gramas de maconha e balança de precisão, denotando assim, ao menos em sede de cognição sumária, a possibilidade do destino comercial que seria dado ao entorpecente (BRASIL, 2019).

O Ministro Shietti (Relator) destacou que:

Faço lembrar que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **RE n. 603.616/RO, com repercussão geral previamente reconhecida**, assentou que “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, 2019, <<https://ww2.stj.jus.br/>>, grifo do autor).

Na decisão ele ainda ressaltou que embora a jurisprudência haja caminhado no sentido de que as autoridades podem adentrar em domicílio, sem a anuência do morador, em hipóteses de flagrante de delito de crime permanente, no qual citou o REsp n. 1.574.681/RS (DJe 30/5/2017), ocasião em que propôs que fosse aperfeiçoado, dentro dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se definir em qual situação poderia haver a entrada forçada em domicílio (BRASIL, 2019).

No referido julgado pelo Ministro, ele esclareceu que a Sexta Turma decidiu por unanimidade que não haveria de se admitir que “a mera constatação” de situação de flagrância, posterior ao ingresso, apoie a medida. Pois, se o próprio Juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida. Destacou, ainda, que não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, com base na simples capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém (BRASIL, 2019).

Dessa forma, com base nas razões expostas e pela ausência das fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, uma vez que a alegação de que o fato havia sido noticiado pela Agência de Inteligência da Polícia Militar não foi comprovada nos autos, não podendo se basear apenas na denúncia anônima alegada pelos policiais, o recurso foi conhecido em parte, apenas para tornar sem efeito a decisão que converteu o flagrante em constrição preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação de medida cautelar caso houver efetivamente a comprovação de fatos que indiquem essa necessidade (BRASIL, 2019).

No mesmo sentido, outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DAS PROVAS COLHIDAS NO DOMICÍLIO DO RÉU. FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE MANDADO. DENÚNCIA ANÔNIMA/COMUNICAÇÃO APÓCRIFA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

ORDEM CONCEDIDA.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito 2. Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida. 3. Não havendo, como na hipótese, outros elementos preliminares indicativos de crime que acompanhem a denúncia anônima, inexistente justa causa a autorizar o ingresso no domicílio sem o consentimento do morador, o que nulifica a prova produzida.

4. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade das provas colhidas mediante violação domiciliar.

(HC 512.418/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019) (BRASIL, 2019, <<https://ww2.stj.jus.br/>>, grifo nosso).

No caso em tela, trata-se Habeas Corpus, com pedido liminar, no qual a defesa alegou ausência de prova lícita a embasar a condenação, com base no artigo 157 do CPP, tendo em vista a indevida invasão de domicílio na prisão em flagrante, resultando também na nulidade de todas as demais provas (BRASIL, 2019).

O Ministro Cordeiro (Relator) destacou que:

Nota-se, assim, que a denúncia anônima está desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, ou seja, não há registro de que houve uma diligência prévia.

Com efeito, é pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito (BRASIL, 2019, <<https://ww2.stj.jus.br/>>).

Assim, o recurso de Habeas Corpus foi provido para conhecer a nulidade das provas colhidas mediante violação domiciliar (BRASIL, 2019).

Dessa forma, o Tribunal de Justiça vem colecionando julgados nessa linha de pensamento, os quais cito mais alguns como: Habeas Corpus nº. 364359/SP, Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1753662/RS e Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 1305377/RS.

Em tais julgados recentes, em sua maioria o Tribunal tem o entendimento firme que a mera denúncia anônima sem o embasamento de outras provas que indiquem materialidade não é suficientemente para autorizar o ingresso dos policiais na residência/casa do sujeito, mesmo inclusive que se encontre drogas e confirme o crime permanente.

Dos referidos julgados, o último citado merece um destaque especial (Agravo Regimental em Recurso Especial nº. 1305377/RS), pois nesse caso houve o reconhecimento da hipótese violação domiciliar para prisão em flagrante de delito, pois restou demonstrado que o sujeito estava sendo investigado e monitorado, havendo fundadas razões para autorizar o ingresso, bem como existir elementos indicativos da prática de crime no local a autorizar a violação domiciliar.

Portando o posicionamento jurisprudencial atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que em se tratando de crime de tráfico de drogas, nas modalidades consideradas como crimes de caráter permanente tem-se que haveria sim a possibilidade de ingresso em residência/casa sem mandado judicial tendo em vista a situação de flagrante contínuo. Todavia, necessita de uma comprovação de indícios mais forte, não bastando mera denúncia anônima, havendo assim as “fundadas razões” que indiquem a prática do delito na residência.

4.5 Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Por fim, acerca do posicionamento jurisprudencial do STF é possível afirmar que o mais recente julgado é o do Recurso Extraordinário nº. 603616/RO:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. **A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.** 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. **Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.** 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da

Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. **A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (BRASIL, 2015, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso).

Do julgado firmou-se a seguinte tese (tema 280):

A entrada forçada em domicílio sem mandando 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, 2015, <<http://www.stf.jus.br>>).

No caso em tela, trata-se de recurso extraordinário, no qual a defesa alegava ilicitude das provas obtidas mediante a invasão do respectivo domicílio por autoridades policiais, pois ausentes os requisitos autorizadores da busca a apreensão (BRASIL, 2015).

Na ocasião o Ministro Mendes (Relator) destacou que:

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal afirma sem ressalvas que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente.

[...]

A interpretação que adota o Supremo Tribunal Federal no momento é a de que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independente de determinação judicial (RHC 91.189, Relator Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014) (BRASIL, 2015, <<http://www.stf.jus.br>>).

Dessa forma, o recurso foi improvido, pois segundo o Ministro a prévia

abordagem na rua, na qual foi encontrada grande quantidade de drogas e posteriormente o direcionamento dos policiais a residência do sujeito não invalidaria a invasão domiciliar, pois o ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado, elementos suficientes para indicar fundadas razões de que o sujeito estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2015).

Portando, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firma o tema 280 já citado, uma vez que embora não se possa hesitar com as garantias constitucionais, mas também, não foram instituídas pelo Constituinte para proteger o crime e os criminosos. Assim, não pode ser um obstáculo intransponível ao combate ao tráfico de drogas que destrói a sociedade, pois está não é a finalidade das garantias e direitos, mas sim proteger o cidadão contra os abusos de poder e das autoridades e não permitir que criminosos a usem para violar a lei e a própria Constituição.

Por fim, destaca-se que as garantias trazidas pela nossa Constituição Federal, tais como a inviolabilidade do domicílio, devem ser mitigadas conforme o interesse, pois se está em jogo o interesse pessoal em confronto com o coletivo, e, deve-se optar pelo que, em uma escala de valores, é superior ao outro, e, no caso o social prevalece, tornando-se lícito o arredamento da norma em determinadas situações.

5 CONCLUSÃO

O Estudo proposto teve como temática central o questionamento acerca da possibilidade ou não da invasão domiciliar sem mandado judicial nos crimes de tráfico de drogas a luz do artigo 5º, inciso XI, da atual Constituição Federal. A abordagem do tema possui grande importância no âmbito jurídico, eis que versa sobre direitos e garantias fundamentais e normas de cunho processual penal que transcendem os interesses individuais das pessoas envolvidas em discussões deste gênero.

Ressalta-se, que as conclusões propostas são o resultado de reflexões iniciais, em virtude da falta, no direito processual penal brasileiro, de estudos mais aprofundados e extensos acerca dos institutos da busca e apreensão, em especial nos delitos da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Assim, primeiramente, conclui-se, que o direito, como experiência, demonstra que o respeito à casa e o cuidado na realização de busca e apreensão surgem como exigências permanentes, que o conceito de casa/domicílio é mais amplo no direito penal que no direito civil.

O legislador, em todos os tempos, como demonstrado, não deixou de proteger a casa do indivíduo. Contudo, prevê hipóteses de restrição a esse direito, ao ponto de também não se tornar garantia de impunidade para criminosos que realizam a prática de determinados crimes em seu ambiente familiar.

Ao conceituar o instituto de casa, assim como demonstrar sua amplitude, hipóteses restritivas do direito a inviolabilidade domiciliar, bem como os diversos critérios para a definição do período referente ao dia e noite.

Desse modo, verificou-se em um primeiro momento, que o mandado de busca e apreensão somente pode ser cumprido de dia, tendo em vista o mandado constitucional elencado no inciso XI, do artigo 5º da Lei Maior.

Contudo, tais direitos não são absolutos, podendo sofrer restrições em determinadas situações, como é o caso do flagrante de delito. Verificando-se, assim, que o exercício dos direitos fundamentais, em certos casos concretos, deve ser conciliado com o poder-dever estatal de punir, como também, o de manter e restaurar a paz social.

Posteriormente, ao ser levantado um estudo mais aprofundado da Lei 11.343 de 2006 – Lei de Drogas, viu-se que especialmente nas modalidades “guardar ou ter em depósito”, cuja classificação configura crime permanente, demonstrou-se pela

doutrina que o flagrante delito, sob a ótica do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, dispensaria mandado judicial.

Todavia, viu-se no terceiro capítulo, que este entendimento, embora majoritário, não é absoluto, pois demonstrou-se através de jurisprudência colacionada que o flagrante permanente, sem mandado judicial, pode acabar viciando toda a ação dos policiais, contaminando também as provas colhidas, pois em tais julgados a mera suspeita ou simples denúncia anônima com a configuração do crime permanente após a invasão por si só não estaria apta a validar a busca domiciliar, como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, ao realizar uma análise ampla da jurisprudência colecionada, conclui-se, haver sim a possibilidade de invasão domiciliar, sem mandado judicial, nos crimes de tráfico de drogas, nas modalidades permanentes, uma vez que elenca essa hipótese em seu artigo 5º, inciso XI, e, dessa forma, havendo a prática de crime permanente estará o sujeito em flagrante de delito contínuo.

Todavia, faz-se necessário a comprovação dos indícios de materialidade, não bastando a mera intuição ou a denúncia anônima, desacompanhadas de outras provas, que apontem assim “as fundadas razões” de prática de ato delitivo na casa.

Desta maneira, tendo em vista que os direitos fundamentais não surgem absolutos, deve-se fazer, diante de um caso concreto, um juízo de valores, sobrepesando qual interesse prevalece, se o coletivo ou o individual. Prevalecendo como geralmente ocorre, o interesse coletivo – diga-se, a sociedade em face do infrator -, plenamente possível deve ser o afastamento da norma que agasalha o criminoso.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Crime de ação múltipla. **DireitoNet**, [online] 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/856/Crime-de-acao-multipla>>. Acesso em 11 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Código de Processo Penal (1941). Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Código Penal (1940). Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

_____. Lei nº 11.343 de 23 agosto de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em 07 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp nº 1305377**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 16 agosto de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801734123&dt_publicacao=28/09/2018>. Acesso em 08 maio 2020.

_____. _____. **AgRg no REsp nº 1753662**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 28 setembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801359350&dt_publicacao=24/08/2018>. Acesso em 08 maio 2020.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 364359**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 19 fevereiro de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601964233&dt_publicacao=12/03/2019>. Acesso em 08 maio 2020.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 512418**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 26 novembro de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901516025&dt_publicacao=03/12/2019>. Acesso em 08 maio 2020.

_____. _____. **Recurso em Habeas Corpus nº 117380**. Relator: Ministro Rogério Schiett Cruz. Brasília, DF, 13 dezembro de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902582017&dt_publicacao=13/12/2019>. Acesso em 08 maio 2020.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1574681**. Relator: Ministro Rogério Schiett Cruz. Brasília, DF, 20 abril de 2017. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201574681>>. Acesso em 13 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.788**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de abril de 2005. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2090461>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 106.566**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2014. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4003179>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. _____. **Inquérito nº 2424**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 26 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2405920>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. _____. **Recurso de Habeas Corpus nº 90.376**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de abril de 2007. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2477221>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. _____. **Recurso de Habeas Corpus nº 95.009**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 06 de novembro de 2008. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009%2ENUME%2E+OU+95009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yyzwlefx>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 603.616**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>>. Acesso em: 08 maio 2020.

_____. _____. **Súmula 145**. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 12 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. _____. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DROMI, José Roberto. **Derecho subjetivo y reponsabilidade pública**. Bogota: Temis, 1980.

FALCÃO, Alcino Pinto; **Comentários à constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, v.1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Podivm, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. _____. 35. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Crime instantâneo. **DireitoNet**, [online] 2009. Disponível em:
<<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/852/Crime-instantaneo>>. Acesso em 11 abr. 2020.

_____. Crime permanente. **DireitoNet**, [online] 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/853/Crime-permanente>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Norma penal em branco. **DireitoNet**, [online] 2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1417/Norma-penal-em-branco>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas: comentários penais e processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RICARDO, Alexandre Cebrian Araújo. Bis in idem. **DireitoNet**, [online] 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1217/Bis-in-idem>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70078667896**. Apelante: Gabriel Martins e Wagner da Silva Lopes. Apelado: M.P. Relator: Desembargador Rinez da Trindade, Porto Alegre, RS, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70080802952**. Apelante: S.O.L. Apelado: M.P. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, Porto Alegre, RS, 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70082296807**. Apelante: L.R.S.N. Apelado: M.P. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, Porto Alegre, RS, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70082429796**. Apelante: William Onisses Pinto. Apelado: M.P. Relatora: Desembargadora Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, RS, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70082656075**. Apelante: M.P. e Rafael Medeiros Pereira. Apelado: M.P. e Rafael Medeiros Pereira. Relatora: Desembargadora Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, RS, 12 de março de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70082689837**. Apelante: Milena Cruz dos Santos. Apelado: M.P. Relatora: Desembargadora Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, RS, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70083482232**. Apelante: P.R.M.F e M.M.J. Apelado: M.P. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, Porto Alegre, RS, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70083609511**. Apelante: S.S.S. Apelado: M.P e M.P.R.G.S. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, Porto Alegre, RS, 12 de março de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Apelação nº 70083984054**. Apelante: A.S.S. e M.P. Apelado: A.S.S e M.P. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, Porto Alegre, RS, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 70083612515**. Impetrante: Denilson Borges Pereira e Croaci Alves da Silva. Paciente: Claudiomiro Gomes. Coator: Juiz de Direito do Serviço de Plantão da Comarca de Tramandaí. Relator: Desembargadora Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, RS, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 07 de maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/470/358>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.