

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

CURSO DE DIREITO

Rafaela Rodrigues de Araújo

O CRIME PERMANENTE DE TRÁFICO DE DROGAS: uma análise à luz dos requisitos estabelecidos para ingresso em domicílio sem mandado judicial

Capão da Canoa
2022

Rafaela Rodrigues de Araújo

O CRIME PERMANENTE DE TRÁFICO DE DROGAS: uma análise à luz dos requisitos estabelecidos para ingresso em domicílio sem mandado judicial

Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), como condição para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Ayres França.

Ao meu pai, por possibilitar a concretização de sonhos.

[...] compreendi que os homens não podem ser divididos em bons e maus, tampouco em livres e presos, pois fora do cárcere existem pessoas muito mais presas do que as que estão dentro dele e, dentro dele, muitas pessoas mais livres do que as que estão em liberdade, fora dele. Todos nós somos prisioneiros do nosso ego, uns mais, outros menos [...] (CARNELUTTI, 1957).

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 protege principalmente a integridade da vida privada e a intimidade de cada um e, em razão disso, trouxe em seu artigo 5º, XI, a proteção da casa, afirmando ser abrigo inviolável, protegendo-a de maneira que ninguém nela possa adentrar sem o consentimento do morador, salvo em situações excepcionalmente previstas. Dessa forma, a própria Constituição determinou quais são as situações em que será permitido o ingresso no domicílio por terceiros, estando entre elas o consentimento do morador, o caso de flagrante delito ou por determinação judicial. No crime de tráfico de entorpecentes, algumas condutas descritas na lei são caracterizadas como “permanentes”, ou seja, a situação de flagrância ocorre enquanto o crime estiver sendo cometido, podendo ocorrer flagrante delito a qualquer tempo. Em razão disso, reconheceu-se a necessidade de determinar quando poderá ocorrer o ingresso forçado ao domicílio no caso de tráfico de entorpecentes, considerando que na maioria das vezes as drogas estão em depósito no interior da residência, sendo necessária a entrada dos policiais para apreensão dos ilícitos. Com isso, após divergências para entendimento do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, nos casos de flagrante delito, só serão lícitas as provas (entorpecentes, nesse caso) colhidas no interior da residência quando presentes as determinadas “fundadas razões”. Apesar disso, na prática penal, surgiram as dificuldades para diferenciar e caracterizar as fundadas razões. À vista disso, decidiu-se o tema tendo como problema central analisar os requisitos estabelecidos pelos Tribunais Superiores para entrada forçada de policiais em domicílio, sem autorização judicial, nos casos de suspeita de traficância. O Superior Tribunal de Justiça analisou os casos em que determinadas condutas serão consideradas fundadas razões e determinou requisitos para o ingresso com o consentimento do investigado. Dessa forma, para elaboração do estudo, utilizaram-se pesquisas bibliográficas e exploratórias, ocasião em que foram interpretadas doutrinas, jurisprudências e legislações específicas. Para tanto, iniciou-se um estudo a partir da Constituição Federal, para entendimento acerca dos direitos fundamentais como forma de coerção estatal no princípio da inviolabilidade domiciliar para, em seguida, analisar-se questões processuais penais sobre o crime permanente de tráfico de drogas. Posteriormente, adentrou-se no tema central, analisando separadamente todos os requisitos impostos pelo Superior Tribunal de Justiça, examinando-se o entendimento

do Supremo Tribunal em relação a eles. Por fim, analisou-se a possibilidade de serem aplicados os requisitos no caso real e como terão impacto, concluindo-se pela necessidade de posicionamento do Supremo Tribunal no sentido de determinar que o consentimento não poderá ser aplicado aos policiais, assim como a obrigatoriedade de regulamentação para validar as denúncias anônimas e fundadas razões.

Palavras-chaves: Delito. Domicílio. Flagrante. Requisitos. Tráfico.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 mainly protects the integrity of the private life and the intimacy of each individual and, therefore, it introduced in its article 5, XI, the protection of the property, claiming to be an inviolable shelter and protecting it so that no individual can enter it without the consent of the resident, except in exceptionally foreseen situations. Thus, the Constitution itself determined which are the situations that allow third parties to enter the household, including the consent of the resident, the case of flagrante delicto or by court order. In the crime of drug trafficking, some conducts described by law are characterized as “permanent”, which means the situation of flagrante delicto occurs while the crime is being committed, and flagrante delicto may occur at any time. As a result, it was recognized the need to determine when the forced entry into the home could occur in the case of drug trafficking, considering that most of the time the drugs are in storage inside the residence, requiring the entry of the police to apprehend them. of the illicit. Thus, after disagreements regarding the understanding of the constitutional text and correct interpretation, the Federal Supreme Court established the understanding that, in cases of flagrante delicto, the evidence (drugs, in this case) collected inside the residence will only be lawful when probable cause is present. Nonetheless, in criminal practice, difficulties arose to differentiate and characterize the probable cause, as well as to prove them by state agents, which resulted in the illegality of the evidence collected. Therefore, the recent understanding given by the Superior Court of Justice was analyzed, in which requirements were established to prevent evidence from being determined to be illicit and to avoid further abuse by public officials. The Superior Court of Justice analyzed the cases in which certain conducts will provide probable cause and determined requirements for admission with the consent of the investigated, differing from the understanding of the Federal Supreme Court. In view of this, the issue was decided on with the central problem of analyzing the requirements established by the Superior Courts for the forced entry of police officers into the home, without judicial authorization, in cases of suspected trafficking. The Superior Court of Justice analyzed the cases in which certain conducts will be considered well-founded reasons and determined requirements for admission with the consent of the investigated. Thus, for the elaboration of the study, bibliographic and exploratory research were used, at which time doctrines, jurisprudence and specific legislation were interpreted. To this end, a study was started from the Federal Constitution, to understand fundamental rights as

a form of state coercion in the principle of home inviolability, and then analyze criminal procedural issues on the permanent crime of drug trafficking. Subsequently, the central theme was entered, analyzing separately all the requirements imposed by the Superior Court of Justice, examining the understanding of the Supreme Court in relation to them. Finally, it was analyzed the possibility of applying the requirements in the real case and how they will have an impact, concluding that the Supreme Court needs to position itself in order to determine that consent cannot be applied to police officers, as well as the obligation to regulations to validate anonymous and well-founded complaints.

Keywords: Flagrant. Offense. Property. Requisites. Trafficking.

LISTA DE SIGLAS

CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
MBA	Mandado de busca e apreensão
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	12
2.1	Os princípios e direitos fundamentais: breve relato	12
2.2	Os direitos fundamentais aplicados como forma de coerção ao estado ...	15
2.3	O princípio da inviolabilidade domiciliar.....	17
2.4	A inviolabilidade do domicílio: exceções previstas no ordenamento jurídico	21
3	O FLAGRANTE E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE PROCESSUAL PENAL	26
3.1	A autorização judicial para ingresso ao domicílio	26
3.2	O flagrante delito e os crimes permanentes	29
3.3	O crime permanente de tráfico de drogas.....	33
3.4	As fundadas razões para ingresso forçado ao domicílio	36
3.5	O inquérito policial e a nulidade das provas	39
4	OS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA INGRESSO AO DOMICÍLIO	44
4.1	Os requisitos estabelecidos pelo STJ: as fundadas razões, o perigo da demora e as denúncias anônimas	44
4.2	Os requisitos estabelecidos pelo STJ no Habeas Corpus nº 598051/SP: o consentimento.....	49
4.3	O posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos requisitos impostos pelo Superior Tribunal de Justiça.....	55
4.4	A possibilidade de aplicação dos requisitos no caso concreto e o combate à criminalidade	57
5	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 resguarda os maiores valores, garantias e direitos de toda a sociedade, visando assegurar a todos os indivíduos uma vida digna e plena. À vista disso, para efetiva aplicação do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, estabeleceu direitos fundamentais que devem ser aplicados e respeitados por todos e a favor de todos os indivíduos, inclusive protegendo a “casa” de cada indivíduo, visando resguardar a intimidade da vida de cada um. Para isso, determinou que em uma residência só será permitida a entrada de terceiros nos casos previstos em lei, quais sejam: com o consentimento do morador, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro e por determinação judicial, durante o dia.

No entanto, tal previsão e garantia fundamental teve impacto direto na aplicação da lei processual penal nos casos do consentimento do morador, da determinação judicial e do flagrante delito, principalmente no que tange ao delito permanente de tráfico de entorpecentes. Isto porque na maioria das vezes o crime de tráfico de drogas ocorre no interior de uma residência, sendo necessário, constantemente, ingresso forçado pelos policiais para apreensão das drogas.

Nesse contexto, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça aplicaram requisitos para legalidade do ingresso no domicílio alheio pelos policiais. Em razão disso, necessário maior estudo acerca dos requisitos estabelecidos e como eles são aplicados no caso concreto, ressaltando-se a divergência das Cortes sobre a aplicação de cada um dos requisitos e da legalidade destes, sendo que tal tema tem impacto direto na Constituição Federal e nos direitos fundamentais, assim como afronta a legislação processual penal.

Dessa forma, para elaboração do presente estudo foram realizadas pesquisas bibliográficas e exploratórias, interpretando-se a doutrina, a jurisprudência atual e os artigos do Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Drogas e Constituição Federal. Ademais, foram realizadas pesquisas em sites a fim de possibilitar melhor entendimento, escrita e interpretação do tema.

Nesse sentido, escolheu-se o tema pela sua relevância na prática criminal, tendo como problema central “quais são os requisitos estabelecidos pelos Tribunais Superiores para entrada forçada de agentes policiais em domicílio, sem autorização judicial prévia, nos casos de suspeita de crime de tráfico de entorpecentes”, sendo que as recentes decisões das Cortes Superiores vêm sendo debatidas e, inclusive, levantadas pela defesa em preliminares no processo penal, havendo grandes divergências sobre o tema e necessidade de maior estudo acerca do princípio da inviolabilidade domiciliar aplicado ao crime permanente de tráfico de entorpecentes, bem como analisando como os requisitos têm impacto direto nesse contexto.

Em razão disso, realizar-se-á uma análise metodológica a partir de uma breve análise da Constituição Federal (tópico 3.1), bem como dos direitos fundamentais aplicados como forma de coerção ao Estado (tópico 3.2) e principalmente estudos acerca do princípio da inviolabilidade domiciliar (tópico 3.3), para, posteriormente, analisar-se questões processuais penais acerca do tráfico de drogas com relação às exceções previstas constitucionalmente (tópico 4), viabilizando a compreensão dos requisitos criados.

Por fim, em relação ao tema abordado, será analisado o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer requisitos para ingresso ao domicílio (tópico 4.1 e 4.2) e, após, será examinado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao entendimento do STJ (tópico 4.3) para, por fim, analisar a possibilidade de aplicação dos requisitos e o impacto no combate à criminalidade, exclusivamente no que diz respeito ao crime de tráfico de entorpecentes.

2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, cumpre ressaltar que, para entendimento e efetiva compreensão do tema e objetivo central da presente pesquisa é de suma importância adentrar em diversos aspectos e conceitos que o circundam. Portanto, a anteceder análise do tema, abordar-se-á no presente capítulo as proteções constitucionais asseguradas a todos os indivíduos, realizando um breve relato sobre a chegada aos princípios atuais, estudando principalmente a proteção legal da casa do indivíduo, como sendo asilo inviolável da pessoa humana. Adentrar-se-á, também, na forma de garantias e princípios como sendo uma forma de coerção estatal, para segurança do Estado Democrático de Direito.

Assim, será dado ênfase no estudo do princípio da inviolabilidade domiciliar e suas exceções previstas em lei para, após, analisar o problema objeto da pesquisa.

2.1 Os princípios e direitos fundamentais: breve relato

Após diversas mutações históricas e avanços sociais surge a Constituição Federal de 1988, em pleno vigor atualmente, a qual atua como sendo a ordem suprema em todo ordenamento jurídico, regulando todas as áreas do direito e possuindo o mais elevado grau da hierarquia, resguardando os maiores valores e garantias da sociedade como um todo e da pessoa individualizada (MENDES; BRANCO, 2022).

Desde o surgimento dos primeiros direitos fundamentais, entre as Revoluções Americana e Francesa, buscava-se garantias individuais e contenção do poder estatal em algumas esferas como, por exemplo, a obrigação de não intervir no domicílio alheio. Desde então, esse e alguns outros conceitos não foram integralmente alterados ou excluídos, mas sofreram alterações até chegar à norma hoje em vigor, sendo que os direitos e garantias também se adaptam de acordo com os costumes e buscam andar lado a lado com a sociedade, adequando-se as realidades de cada geração. Sobre isso, Mendes e Branco (2022, p.305) explicam que:

O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a

própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

Conforme acima colacionado, os autores ressaltam que os direitos fundamentais buscam atender e se adaptar a cada geração para alcançar as demandas atuais. Para melhor entendimento, necessário entender o conceito dos princípios fundamentais e quais são eles para, assim, identificar sua importância para o Direito atualmente.

Os princípios fundamentais são norteados pela Constituição Federal, os quais nasceram com o intuito de assegurar uma vida digna e plena à sociedade e ao indivíduo, assim como garantir uma efetiva democracia e justiça. A Constituição Federal elenca os direitos necessários para que o ser humano possa fazer uso da sua liberdade individual e coletiva sem que haja violação dessa e de outros direitos do outro, estabelecendo, inclusive, garantias a serem cumpridas pelo Estado para assegurar a vida digna dos cidadãos. Entretanto, a Constituição deixa claro que o objetivo central dos direitos e garantias fundamentais é assegurar a existência do Estado Democrático de Direito.

Sarlet (2022, p.603) conceitua os direitos fundamentais:

Os princípios em geral (não apenas os princípios fundamentais) são espécie do gênero normas jurídicas, distinguindo-se, de acordo com entendimento consagrado no seio da doutrina constitucional e mesmo (e antes disso) na teoria geral do Direito, de outras espécies normativas, em especial as regras.

Dessa forma, os direitos fundamentais são diferentes das demais normas jurídicas, mas também são aplicados a todas as áreas do direito, sendo que são abstratos e não possuem qualquer relevância se não aplicados nas demais leis. Em que pese os direitos fundamentais estejam previstos ao longo da Constituição Federal, como já ressaltado, será debatido acerca dos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988), que elenca todos os direitos fundamentais necessários para uma vida plena, garantindo a integridade física e moral de cada um, assim como a liberdade da privada, a igualdade e o direito fundamental à vida. Estas garantias e direitos fundamentais devem, em caso de ameaças e riscos, ser assegurados e protegidos pelo Estado, que garantirá a aplicação e proteção de cada um, dentro do previsto (MENDES; BRANCO, 2022).

A respeito do tema, Branco e Mendes (2009, p.169) explicam:

Do mesmo modo, as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal. Nem sempre, contudo a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, conforme supracitado, as normas fundamentais surgem não apenas para delimitar as garantias de cada indivíduo, mas também como forma de se exigir do Estado a sua correta aplicação e que as garantias sejam respeitadas, embora seja um desafio na prática processual. Nessa linha, evidente que os direitos fundamentais somente possuem garantia quando aplicados em um Estado Democrático de Direito, porquanto necessária a exigência de atuação do Estado para aplicação, sendo as normas fundamentais superiores na hierarquia em relação às demais normas e, desta forma, todas as demais leis devem, imprescindivelmente, observarem e se fundamentarem nos direitos fundamentais (LENZA, 2016).

Na mesma esteira, Sarlet (2009, p. 59) reforça o conceito de que só há efetivo cumprimento das normas fundamentais previstas na Constituição Federal em um Estado democrático de Direito:

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.

O autor ressalta que só há liberdade individual e coletiva por intermediação dos direitos fundamentais, sendo imprescindível atuação ativa do Estado para resguardar a Constituição e controlar a aplicação das garantias e direitos na sociedade atual. Desse modo, cabe ao Estado não somente assegurar os direitos individuais, mas efetivamente intervir quando estes são violados por terceiros ou até mesmo pelos seus próprios agentes. Entretanto, embora necessária intervenção do Estado para garantir a observância dos direitos fundamentais, cumpre ressaltar que as garantias e normas

fundamentais também foram criadas como forma de coerção estatal, para limitar a atuação estatal diretamente na vida privada do indivíduo.

Assim, após diversas mutações históricas e entendimentos jurisprudenciais, hoje tem-se o que se chama de direitos fundamentais, os quais continuam em constantes transformações e podem ter interpretação ampla, para atual entendimento. Por essa razão, nunca deixam de ser frequentemente matéria de discussões e debates entre processualistas nos juízos comuns e nas instâncias Superiores, em razão das constantes mudanças sociais, ressaltando-se que deve o Estado sempre intervir quando houver lesão ou ameaça a estes direitos, mas também deve ser impedido quando houver abuso por parte do próprio Estado.

2.2 Os direitos fundamentais aplicados como forma de coerção ao estado

Conforme exposto, os direitos fundamentais existem não apenas para garantir uma vida digna tanto na sociedade quanto privativamente a cada um dos indivíduos, mas existem para coibir o Estado (ou seus agentes) de possível violação e limitar os poderes deste, para que até mesmo o Estado não possua poderes absolutos, respeitada a Democracia do país. Entretanto, ainda que assegurados constitucionalmente, ao serem aplicados na sociedade e no dia a dia, os direitos fundamentais mostram um desafio não somente aos operadores de direito, mas aos agentes estatais, isto porque as constantes transformações e mutações sociais, como o avanço da saúde e tecnologia, aliado ao crescente índice de criminalidade, evidenciam a necessidade de cada direito e garantia serem analisados individualmente em cada caso, sob uma perspectiva isolada e diferente direito (SARLET, 2022).

Mendes e Branco (2022, p.441), reforçam este entendimento, aduzindo que “[...] tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico”.

Dessa análise, surgiu a exigência de interpretações das normas constitucionais não somente como obrigações para o Estado cumprir, visando assegurar as garantias de cada um, mas também como forma de coerção do Estado para que este não ultrapasse seus limites previstos.

Notadamente, ao serem aplicados ao caso concreto, deverá ocorrer abrangente interpretação do tema constitucional, sendo indispensável entendimento assertivo quanto aos motivadores dos direitos fundamentais: não são apenas direitos, mas garantias em sua mais ampla definição, ou seja, asseguram não apenas garantias para uns com os outros, mas resguardam que o Estado, em determinados casos, seja limitado e contido.

A respeito, Sarlet (2022, p.03) fundamenta que:

Nesse contexto, entre os elencados no artigo 5º da Constituição Federal, estão os direitos fundamentais de liberdade, segurança, propriedade, entre outros, que visam não apenas proteção, mas existem para precaução contra eventuais omissões e contradições do próprio Estado, devendo o Estado intervir nas situações onde haja intervenções de terceiros, mas também nas situações em que o Estado seja omissor para com os direitos fundamentais previstos e assegurados.

Dessa forma, deve o Estado intervir quando houver violação aos direitos fundamentais, como a liberdade da vida privada de cada um ou mesmo a liberdade de expressão, mas também deverá ser coibido quando o próprio Estado estiver se contradizendo, ou seja, nas situações em que ele, por meio de seus agentes, é quem restringe a liberdade ou aplicação de qualquer dos direitos e garantias fundamentais. Nessa linha, deve o Estado zelar pela execução e funcionalidade dos direitos fundamentais, protegendo os indivíduos e a sociedade como um todo, mas também deve ser assegurado que este não ultrapasse os seus próprios limites previstos, independentemente de sua intenção, não permitindo violações de direitos tanto por particulares (contra o próprio Estado ou a um particular) quanto por parte de agentes públicos, os quais tem o dever de zelo das garantias fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIÉRO, 2022). Nesse contexto, Mendes e Branco (2022, p.134) também explicam:

[...] analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações, abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de auto-determinação.

Assim, explica o autor que as normas constitucionais devem garantir não só direitos coletivos e individuais de cada um, mas assegurar a plena aplicação e segurança

de cada uma delas, até mesmo quando for o próprio Estado que viola esses direitos. Nessa linha, deve-se destacar que a Constituição Federal, ao assegurar garantias à sociedade e ao indivíduo, não apenas concedeu direitos absolutos e inalteráveis ao ser humano, como também estabeleceu limites dentro da atividade estatal (SARLET, 2022).

A Constituição Federal surgiu, portanto, não somente para consolidar e regular os direitos e garantias fundamentais, como também para garantir a aplicabilidade dessas garantias. Para isso, regulou-se que, quando a omissão ou desrespeito às normas vier de terceiros, deverá o Estado atuar diretamente para efeito de justiça. Entretanto, o poder estatal também sofre restrições para evitar os casos em ele próprio enseja as omissões, ou até mesmo as situações de abuso de poder.

2.3 O princípio da inviolabilidade domiciliar

Diante de todo este contexto, já compreendido o conceito de Constituição Federal, entendidas e conceituadas as normas fundamentais, necessário adentrar especificamente no estudo do direito fundamental da inviolabilidade ao domicílio, previsto no art. 5º, inciso XI da Carta Magna, o qual possui relação direta com o tema em questão.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XI (BRASIL, 1988), 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 termos seguintes:

[...]

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

Nesse sentido, ao criar o inciso XI da Constituição, a norma constitucional determinou a proteção integral da “casa”, afirmando que esta é abrigo individual e privado de cada um, em razão, principalmente, do direito fundamental a propriedade e a vida privada do indivíduo e, para isso, entendeu que no domicílio alheio não poderá ninguém adentrar, além do morador, salvo em situações específicas.

Dessa forma, a partir do texto da norma constitucional, deve-se analisar diversos fatores. Em primeiro lugar, o conceito de casa utilizado pelo legislador, sendo que, a respeito do tema, Mendes e Branco (2022, p.691), aduzem que:

Afirma-se, em doutrina, que a abrangência do termo casa no direito constitucional deve ser ampla, entendida como “projeção espacial da pessoa”, alcançando não somente o escritório de trabalho como também o estabelecimento industrial e o clube recreativo. O domicílio, afinal, coincide com “o espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual a pessoa ou pessoas titulares pretendem normalmente excluir a presença de terceiros.

Assim, o termo “casa” é utilizado não como propriedade ou território, diferente dos fins civis, mas tem relação direta com a intimidade de cada um, sendo o local onde o indivíduo se sinta em ambiente de segurança, possuindo maior conexão com a palavra “lar”. O termo “casa”, portanto, deve ser sinônimo de “domicílio”, possuindo sentido amplo e devendo ser levado em consideração não as expressões, mas a relação que elas possuem com a vida privada do indivíduo, ampliando-se para efeitos de residência no que diz respeito a vida íntima e a dignidade da pessoa humana (SARLET; 2013). É o que ressalta Sarlet quando aduz que:

A inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz, de tal sorte que a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada. Por tal razão, o direito do domicílio, isto é, a garantia de sua inviolabilidade não implica um direito ao domicílio (2013, p.547).

Dessa forma, ao fazer jus à proteção da casa, o legislador preocupa-se com a intimidade e a vida privada de cada um e não com o espaço em si, mas sim sua sensação de segurança e privacidade que representa ao morador. Tanta é a preocupação do legislador em assegurar a privacidade do interior da casa do indivíduo, que o Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 150, abriu exclusiva seção dos crimes decorrentes da violação ao domicílio, inclusive conceituando o termo “casa” e atribuindo crime a quem entra no domicílio alheio sem autorização, tendo pena de detenção de um a três meses para quem o cometer. Aliás, dispõe que a “casa” é principalmente os espaços não abertos

ao público, fazendo referência ao que não se caracteriza como casa como, por exemplo, as casas de jogo e hospedarias.

Assim, além de trazer o conceito da expressão “casa”, o Código Penal também protege o bem jurídico da inviolabilidade domiciliar, que tem relação direta com a liberdade individual do ser humano, sendo o lar um lugar que assegura para toda a família sossego e segurança, como consta no artigo 150, §5 do Código Penal (BRASIL, 1940), deve ser abrangida tal tutela em todo ambiente que se necessidade de intimidade, desde que haja uma habitação por parte do indivíduo, demonstrando a preocupação da preservação do âmago do ser humano (TÁVORA; ALENCAR, 2017). Nessa mesma esteira, Tavares (2022, p. 1214) explica que:

A proteção constitucional é deferida não apenas em face do Estado, mas igualmente dos demais particulares. Há, inclusive, para estes, a figura delituosa tipificada no art. 150 do Código Penal, que incrimina a conduta de “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

Dessa forma, conforme argumenta o autor, a proteção constitucional da casa não é somente aplicada ao Estado como forma de coerção estatal, como visto anteriormente, mas também a todos os indivíduos que adentrarem na residência alheia sem o consentimento ou autorização do morador e de quem possui o direito de permitir a entrada. Ainda a respeito do tema, Bitencourt (2022, p.1640) conceitua:

A variedade terminológica, para definir o bem jurídico tutelado — inviolabilidade da casa, da liberdade individual, da tranquilidade doméstica —, não tem o condão de alterar a natureza do bem tutelado, que é a proteção da liberdade, da paz e da segurança da célula familiar, ou, na feliz expressão da Constituição Federal, do “asilo inviolável”. A criminalização da violação de domicílio objetiva proteger a moradia, isto é, o lugar que o indivíduo “escolheu” para a sua morada, para o seu repouso e de sua família; o bem jurídico é a liberdade e a privacidade “individual-familiar” a que todo indivíduo tem direito, e é dever do Estado garantir-lhe essa inviolabilidade, ou seja, o direito de cada um viver livre de qualquer intromissão no seu lar, na sua casa, na sua morada.

Nesse sentido, o Código Penal, ao criminalizar a conduta de violação ao domicílio, além de reforçar a ideia de inviolabilidade domiciliar prevista na Constituição Federal, protege da mesma forma a liberdade e privacidade do indivíduo e de sua família. Ainda, Bitencourt (2022, p.1644), assenta que a violação de domicílio, para o Código Penal, consiste em “[...] entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a

vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”, protegendo também o direito de liberdade de escolha de cada um, dando poder decisório àquele que tem o direito de consentir a entrada.

Assim, deve-se analisar o termo “consentimento” utilizado pelo legislador na norma constitucional, na medida de como ele deve ser realizado e quem poderá conferi-lo, sendo que a norma penal também faz referência a “quem de direito”, reforçando a ideia de necessidade de consentimento por quem possua o direito de efetivamente consentir. A respeito do tema, Mendes e Branco (2022, p.693) discorrem acerca da dificuldade de identificação do sujeito que poderá consentir a entrada ao domicílio, assegurando que, embora possa haver conflitos em relação a titularidade da casa “[...] essas situações devem ser observadas em concreto, levando em conta que o residente pode sempre, de dia ou de noite, consentir que a sua casa seja penetrada”.

Dessa forma, deve-se analisar, no caso concreto, quem poderá consentir a entrada no domicílio, levando em consideração quem leva a vida privada e possui o sentimento de lar dentro daquele local, para decisão acerca da autorização. Sobre o tema, Bitencourt (2022, p. 1653), dispõe que:

[...] sujeito passivo é o morador, que pode impedir ou anuir à entrada ou permanência na casa; é, nos termos da lei, quem de direito. [...] é o morador, a qualquer título, proprietário, inquilino, arrendatário, posseiro, usufrutuário, hóspede etc. É ele quem tem o direito de admitir ou excluir outrem no interior da sua “morada”. Esse direito pode ser exercido até mesmo contra o proprietário ou sublocador do imóvel em que o sujeito passivo reside.

Nesse sentido, o maior detentor do direito de consentir ou não o ingresso de terceiros no domicílio é o morador, ainda que a morada não seja de sua propriedade. Isso porque é ele quem exerce vida privada no local. Ademais, tal consentimento poderá ser tácito ou expresso e, se tácito, deverá ser comprovada, posteriormente, sua voluntariedade, através de testemunhas e demais meios. No entanto, o meio mais seguro e priorizado é coletar o consentimento expresso, ou seja, declaração expressa de autorização para ingresso, a fim de evitar e sanar eventuais dúvidas quanto ao consentimento, segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 746036/RS (BRASIL, 2022b).

Ainda, a respeito da manifestação tácita ou expressa, esta última pode ocorrer de várias maneiras, conforme preceitua Bitencourt (2022, p.1658): "[...] há manifestação de vontade expressa quando o sujeito passivo manifesta seu desejo, de forma inconfundível, pela retirada imediata do invasor, podendo materializar-se por meio de palavras, gestos, escritos e qualquer ato eloquente". Entretanto, tanto no consentimento tácito ou expresso, este deve ser observado com extrema cautela, porquanto deverá, de forma absoluta, ser entregue de forma livre de coações e constrangimentos, sob pena de ser invalidado.

Nesse mesmo contexto, Sarlet (2022, p.550) reforça a necessidade de haver consentimento prévio e sem coação:

O consentimento, além disso, não necessita ser expresso [...] nem por escrito, mas há de ser prévio e inequívoco. Já pelo fato de ser exigido o consentimento livre e prévio do titular do direito, eventual recusa em permitir o ingresso de autoridade estatal (policial ou administrativa), a não ser no caso das hipóteses excepcionais [...]

Assim, o legislador, ao reservar espaço único para determinar a garantia da inviolabilidade domiciliar, não apenas preservou a casa do indivíduo como protegeu a vida privada de cada um, limitando a entrada na casa aos moradores ou a quem eles franquearem a entrada, vedada qualquer forma de coação para consentimento, sendo válido apenas aquele entregue por vontade espontânea do morador.

2.4 A inviolabilidade do domicílio: exceções previstas no ordenamento jurídico

Superada a questão de conceitos da expressão “casa” e “consentimento” utilizadas pelo legislador, fundamental analisar as situações em que a entrada forçada em domicílio não será considerada violação ao direito fundamental da proteção constitucional do domicílio, expresso constitucionalmente. Nota-se que, embora a casa seja abrigo inviolável, a própria norma constitucional dispõe que esta garantia não é absoluta, porquanto estabelece exceções, afirmando que nos casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por determinação judicial (durante o dia), poderá ocorrer o ingresso forçado em domicílio alheio por terceiros (BRASIL, 1988). Inevitavelmente, estas exceções devem ser analisadas a fundo, uma a uma.

Ressalta-se que, da mesma forma como previsto na Constituição Federal, o Código Penal (BRASIL, 1940) reforça que nos casos expressos em lei adentrar o domicílio alheio não constitui crime, conforme estabelecido no artigo 150 do Código Penal, em seu parágrafo terceiro:

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

O referido diploma, entretanto, não trouxe novidade no contexto de autorizar o ingresso em domicílio nos casos supracitados, como já analisado no artigo 5º da Constituição Federal, mas ainda assim se faz necessário pois além de penalizar a conduta ainda reforça, no âmbito penal, a norma assegurada constitucionalmente. Desta forma, passa-se à análise das hipóteses em que ingressar na residência de alguém, sem seu consentimento, não caracterizará violação de direitos ou mesmo crime.

Quanto às hipóteses de desastre e para prestar socorro, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p.1155) ressaltam que:

É certo que por desastre se deve ter acontecimento (acidente humano ou natural) que efetivamente coloque em risco a vida e saúde de quem se encontra na casa, sendo o ingresso a única forma de evitar o dano. Algo semelhante se passa no caso da prestação de socorro, em que a entrada no domicílio apenas se justifica quando alguém no seu interior está correndo sério risco e não haja como obter a autorização prévia. Em tais situações, importa frisar, o ingresso no domicílio poderá ocorrer também no período da noite.

Assim, as previsões de desastre e prestação de socorro justificam-se pelo estado de perigo da situação, em que um terceiro entrará na residência apenas para auxiliar o morador, sendo inviável buscar, naquele momento, a autorização judicial. Em segundo lugar, encontra-se o caso de flagrante delito, incluído tanto na norma constitucional quanto na norma penal, quando o legislador indica, no artigo 150 do Código Penal (BRASIL, 1940) que poderá ter a residência invadida quando estiver sendo cometido algum crime no interior desta. Nesse caso, poderá, a qualquer tempo, o agente público ingressar na residência sem o consentimento do morador ou pessoa que tenha o direito

de autorizar, enquanto perdurar a situação de flagrância, ou seja, enquanto o crime estiver sendo cometido (MENDES; BRANCO, 2022).

Isto porque, ainda que a casa seja inviolável para assegurar a intimidade e privacidade do indivíduo, não pode esta ser utilizada como proteção e garantia de impunidade para criminosos que eventualmente praticarão crimes no interior da residência, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 86926-PR, ainda em 1977 (BRASIL, 1977).

Sobre o tema fixado pelo Supremo, Tavares (2022 p.1216) pontua que:

[...] a tese fixada pelo STF deve ser aplicada com o máximo rigor quanto à fundamentação *a posteriori* (que muitas vezes ocorre devido à urgência das circunstâncias fáticas, e não pode como livre escolha da autoridade policial), pois não se pode considerar a tese fixada como a eliminação desta importantíssima e prosaica garantia do cidadão contra a sempre ameaçadora atuação arbitrária do Estado.

Dessa forma, ainda que esteja evidenciada a situação de flagrante, somente este fato não pode ser fator determinativo para entrada forçada no domicílio, devendo ser realizada unicamente nos casos em que não se pode aguardar autorização judicial e não meramente por escolha da autoridade policial, mas sim devido a urgência do fato.

Entretanto, ainda que a situação de flagrante delito esteja prevista tanto na Constituição quanto no Código Penal, indispensável extrema cautela para reconhecimento dela no caso real, sendo que, ainda que esteja caracterizado o flagrante delito, devem estar presentes o que se chama de “fundadas razões”, sob pena de responsabilidade e ilicitude do ato (e das provas), conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema 280. Tal tema e termos serão debatidos e minuciosamente estudados ao decorrer da presente pesquisa.

Por fim, chega-se à última exceção prevista em lei: o caso da determinação judicial. Mendes e Branco (2022, p.696), a respeito do tema, aduzem que “[...] além dos casos acima, a transposição dos limites da casa de outrem sem o consentimento do morador somente pode ocorrer nas hipóteses autorizadas pelo Judiciário. E, ainda, sempre durante o dia.”.

Dessa forma, além das exceções já debatidas, poderá haver o ingresso forçado no domicílio alheio por meio da autorização judicial.

Essa autorização judicial será requisitada após investigações prévias realizadas pela Autoridade Policial, que solicitará a expedição de mandado judicial de busca e apreensão. Com tal ordem, o juiz determinará o ingresso (ainda que forçado) dos agentes públicos na residência objeto das investigações de suposto crime, ou seja, será autorizado aos policiais entrarem na residência alheia por força de determinação judicial, sempre durante o dia.

Fundamental, a vista disso, entender o conceito de dia e qual o horário que será considerado “dia”, para fins de cumprimento do mandado, sendo que alguns doutrinadores estabelecem um padrão seguindo o critério da claridade, definindo-se dia como das 06 (seis) horas da manhã às 18 (dezoito) horas da tarde (LENZA, 2016). Entretanto, importante ter em consideração os horários de verão, em que pese atualmente “extintos”, conforme argumenta Tavares (2022, p.1221):

[...] não cabe admitir execução de medida judicial, ainda que após as 18 horas, nos casos de não ser ainda noite sensorialmente falando, como ocorre com muita frequência dentro do chamado horário de verão, ou impedir a execução dessa medida, no princípio do dia, ainda que após as 6 horas da manhã, nos casos de ainda não ter nascido o Sol, em virtude de alteração oficial do horário.

Nesse sentido, deverá ser utilizado o critério claridade em conjunto com o critério de horário, pois, em alguns dias, seis da manhã não será necessariamente claro, assim como poderá haver claridade após o horário das dezoito da tarde.

Ainda, caberá ao juiz analisar, com extrema cautela, as representações encaminhadas para o judiciário antes de deferir (autorizar) a expedição do mandado de busca e apreensão. Por esse máximo cuidado, tais representações pela autorização de entrada em domicílio alheio são encaminhadas também ao Ministério Público (a quem cabe fiscalizar a lei), que analisará e opinará pelo deferimento ou indeferimento da medida. Além disso, Bitencourt (2022, p.1701) entende que “[...] eventualmente o Judiciário ainda pode ser, e muitas vezes é, induzindo a erro, expedindo mandados para acobertar diligências já realizadas ou em casos em que não é necessária ou não é legítima a busca domiciliar ou prisão pretendidas”. Nesses casos, muitas vezes poderão ser requisitadas diligências que já foram realizadas, para acobertar violações ilícitas (sem autorização judicial), utilizando-se do deferimento posterior para justificar a medida.

Desta forma, atua o Estado como linha de frente para garantir a correta aplicação dos direitos fundamentais, sendo que, em alguns casos, essas garantias servirão como coerção para evitar abusos do próprio Estado, o que poderá ocorrer no caso da garantia de inviolabilidade domiciliar e nas exceções previstas tanto constitucionalmente quanto penalmente. Para evitar isso, será necessária extensa interpretação hermenêutica de cada caso. Em razão disso, todos os procedimentos devem ser analisados com extrema cautela, desde o conceito de casa até o deferimento da autorização judicial para ingresso forçado ao domicílio, para garantir a plena aplicação do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar.

3 O FLAGRANTE E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE PROCESSUAL PENAL

Depois de estudados e analisados importantes argumentos e conceitos acerca dos direitos e garantias fundamentais, com ênfase no princípio da inviolabilidade domiciliar, o presente capítulo abordará diversos assuntos que serão necessários para compreensão, debate e para que se atinja o objetivo da presente pesquisa e para pleno entendimento do tema central. Serão analisadas, mais a fundo, as exceções previstas na Constituição Federal para ingresso ilegal ao domicílio, com ênfase na aplicabilidade destas no âmbito processual penal, bem como analisar-se-á tais exceções nos crimes caracterizados como crimes permanentes e, especificamente, no crime permanente de tráfico de entorpecentes.

Ainda será analisado o requisito “justa causa” ou “fundadas razões”, imposto como requisito para ingresso forçado no domicílio, para evitar quaisquer violações de direitos e garantias fundamentais, sendo que tal requisito deverá estar presente no inquérito policial, sob pena de nulidade parcial ou total das provas colhida, conforme a seguir estudado.

3.1 A autorização judicial para ingresso ao domicílio

Como observado no capítulo anterior, os direitos fundamentais não são absolutos, sendo que o próprio texto constitucional lista suas exceções, como no princípio da inviolabilidade domiciliar, em que, nos casos de flagrante delito e por determinação judicial (entre outros), abre-se exceção, podendo ser “violado” este direito. Inicialmente, ressalta-se que a regra geral e principal que deverá ser seguida é a inviolabilidade ao domicílio e mesmo que a própria Constituição traga as exceções à regra, esta só poderá ser violada excepcionalmente, nas situações específicas e em caráter de urgência.

Primeiramente, destaca-se a desnecessidade de discorrer acerca das demais exceções previstas (desastre e prestar socorro), pois estas, como ressalta Lopes Junior (2022, p. 1282): “[...] não se aplicam ao processo penal, pois seria um contrassenso

aceitar que a autoridade policial ingressasse numa residência a pretexto de 'prestar socorro' e já aproveitar para fazer uma busca e apreender objetos”.

Passa-se, desta forma, a discorrer acerca da hipótese de autorização judicial.

O magistrado, ao deferir as autorizações para ingresso ao domicílio, encaminhadas para o judiciário por meio de uma representação da Autoridade Policial, expedirá o que se chama de “mandado de busca e apreensão” (MBA), que terá como objetivo o cumprimento da medida deferida pelo juiz.

Em que pese a lei processual penal traga busca e apreensão no mesmo conceito, os dois são institutos diferentes e possuem conceitos distintos. Na busca, o nome por si só explica que é uma procura por determinados objetos/itens, mas a busca não obrigatoriamente resultará a apreensão de algo, podendo haver busca e nada ser localizado no local. Já a apreensão é, notadamente, a apreensão do item encontrado na diligência de busca.

É o que diz Nucci (2017, p.371), ao explicar que “busca significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação [...] apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar”.

A propósito, sobre a busca e apreensão, Lima (2022, p.687), ressalta que:

Conquanto a busca e apreensão esteja inserida como meio de prova, sua verdadeira natureza jurídica é de meio de obtenção de prova. Isto porque consiste em um procedimento (em regra, extraprocessual) regulado por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que pode ser realizado por outros funcionários que não o juiz. Sua finalidade precípua não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova.

Conforme delimita o autor, a busca e apreensão é a medida, autorizada pelo juiz, para se buscar elementos materiais de provas concretas da prática de eventual crime, cometido no interior de uma residência. Esta autorização poderá ser deferida pelo juiz de ofício, ou seja, sem requerimento das partes, ou a pedido das partes, conforme dispõe o artigo 242 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), sendo o mais frequente a pedido da Autoridade Policial.

A busca e apreensão pode ser determinada tanto durante a tramitação da investigação, no inquérito policial, quanto durante o decorrer da instrução processual, quando já houver ação penal em curso, sendo que há duas modalidades: a busca

domiciliar e pessoal (LOPES JÚNIOR, 2022). A busca pessoal, embora extremamente importante para o ordenamento jurídico e tema de extrema importância, não será objeto de análise da pesquisa em questão, somente a busca domiciliar. Nesse contexto, a busca domiciliar, prevista no artigo 240, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), será autorizada quando:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

O artigo 240 do Código de Processo Penal apresenta o rol de hipóteses em que poderá ser expedido mandado de busca e apreensão domiciliar. Necessário lembrar que o mandado de busca e apreensão somente poderá ser cumprido durante o dia, conforme estabelecido pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XI, conforme já debatido. Acerca do tema, discorre Nucci (2017, p. 384):

Ocorre que a situação é diferenciada: justamente porque o Estado não pode obrigar o indiciado/acusado a produzir prova contra si mesmo, tem a obrigação – e o poder para isso – de buscar os elementos de formação da culpa por sua conta. Dessa forma, ainda que o sujeito investigado não queira colaborar, não tem o direito de impedir a entrada no seu domicílio, quando a ordem foi regularmente expedida por juiz de direito.

Dessa forma, nesta modalidade, o consentimento para ingresso ao domicílio não é requisito essencial, não sendo direito do investigado impedir a entrada em domicílio autorizada pelo juiz por força de investigação prévia. Ainda, em regra, a busca e apreensão domiciliar somente pode ser determinada por juiz, através de mandado, o qual possui elementos obrigatórios, determinados no artigo 243 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Entretanto, mesmo sendo medida determinada em sede judicial, ao

requerer a Autoridade Policial deverá fundamentar seu pedido, indicando as denominadas fundadas razões para deferimento da medida, não sendo admitidos pedidos genéricos ou omissos, conforme determina o inciso II do aludido artigo, quando este indica que o mandado de busca deverá mencionar o motivo e os fins da diligência (LIMA, 2022).

Na prática penal, a Autoridade Policial indicará os motivos da necessidade de expedição de mandado de busca e apreensão, apresentando relatório de investigações minuciosamente detalhado e motivado, amparado nas fundadas razões, ou seja, na motivação e necessidade acerca da medida.

Nesse contexto, o mandado de busca e apreensão, ainda que seja exceção prevista tanto pela lei penal quanto constitucional, deverá cumprir os requisitos estabelecidos em lei, sendo necessário relatório de investigação preliminar amparado de fundadas razões, sob pena de indeferimento da medida. No mais, acerca da busca com autorização judicial, entende-se que imprescindível a análise dos casos em que poderá ocorrer a busca (e conseqüente apreensão), sem prévia autorização judicial, qual seja: no flagrante delito, principalmente nos crimes conceituados como permanentes.

3.2 O flagrante delito e os crimes permanentes

Embora o Código Penal traga, dentro da norma, diversos tipos de crime, tais como consumados, tentados, dolosos, culposos e entre outros, adentrar-se-á especificamente no estudo sobre as formas de execução dos crimes – dividida em crimes instantâneos e permanentes -, mais profundamente os crimes caracterizados como permanentes, para cumprir o objetivo da presente pesquisa.

Para breve explicação, os crimes instantâneos são aqueles consumados com uma única conduta, com resultado imediato. Não significa, entretanto, praticado de forma rápida, mas sim que, realizado, não há nada a se fazer para impedir o ato, como o crime de furto (BITENCOURT, 2022). Existem, ainda, os crimes instantâneos com efeitos permanentes, como, por exemplo, o delito de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal (BRASIL, 1940), onde o agente, mediante uma ação (instantâneo), induz a vítima a cometer um erro, para obter vantagem ilícita, produzindo efeitos que se

prolongam no tempo (permanentes), caracterizando, dessa forma, um crime instantâneo com efeitos permanentes. Além dos citados, o tipo penal pode ser caracterizado como permanente. Sobre o tema, Lima (2022, p.1052) conceitua crime permanente da seguinte forma:

Aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protraí-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento. Ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado.

Conforme explica o autor, o crime permanente diz respeito às formas de execução do crime, sendo aquele cuja execução se protraí no tempo, ou seja, está sendo consumado durante todo o período em que o agente possui o domínio do fato, segundo Damásio (2014, p. 233) “crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa, que se prolonga no tempo”. É o que ocorre, por exemplo, no crime de sequestro, previsto no artigo 148 do Código Penal (BRASIL, 1941): a consumação do crime ocorre enquanto a vítima estiver sendo mantida em cárcere privado, mas pode cessar com a vontade do agente (quando ele soltar a vítima, neste caso), ou seja, ele possui o domínio da situação de permanência e de sua conduta.

Cumprir realizar breve referência, a respeito da aplicação da lei cabível, que no caso do delito permanente – em que o fato ainda está ocorrendo – acaso surja lei nova durante o crime e antes de cessar a permanência deste será aplicada a lei em vigor no momento em que ainda estiver ocorrendo o crime, ainda que seja mais grave (BITENCOURT, 2022).

Foi a maneira que decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 711, quando destacou que “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (BRASIL, 2013).

Assim, considerando que, nos crimes permanentes, eles ocorrerão durante determinado tempo, indaga-se de que forma poderá haver flagrante delito nesses casos. Para isso, essencial compreender o instituto do flagrante delito e sua aplicação nos casos de crimes permanentes. Quanto a prisão em flagrante, Nucci (2017, p.423) entende que:

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal.

Dessa forma, o autor delimita a prisão em flagrante como algo que é constatado quando está sendo cometido o delito, sendo que se buscará a verdade mais próxima da verdade real, em razão da rápida coleta da prova do crime. Para regular o flagrante delito, o Código de Processo Penal, em seu artigo 302 (BRASIL, 1941), apresenta as situações de flagrante delito:

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.

O Código de Processo Penal elenca algumas espécies de flagrante, definidos pela doutrina como: flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido, flagrante em crimes permanentes, flagrante esperado, flagrante forjado e flagrante provocado.

O flagrante próprio ou perfeito é aquele previsto nos primeiros incisos do artigo 302, onde o agente está cometendo ou acaba de cometer o ilícito. O impróprio é o previsto no inciso III, onde o suspeito é perseguido, logo após (sem tempo definido em lei), em situação que se presume ser ele autor do fato. No flagrante presumido, diferente do impróprio, o suspeito não é perseguido, mas sim encontrado, logo após, em tempo razoável, com objetos do crime ou em situação que o faça parecer suspeito. Já o flagrante esperado é a famosa “campana” realizada pelos policiais, em que estes recebem informações sobre o crime e, em razão disso, aguardam ele ocorrer, vigiando o suspeito. No flagrante forjado, há participação forjada do agente, sem que este tenha cometido e, no flagrante provocado, o agente é instigado a praticar o crime, onde cria-se um cenário falso. Ressalta-se a ilegalidade do flagrante provocado, sendo criminalizada a prática pelos agentes públicos (LIMA, 2022).

Sobre a definição de prisão em flagrante, Lima (2022, p. 892), entende que:

[...] pode-se definir a prisão em flagrante como uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial.

Desse modo, a prisão em flagrante pode ser realizada sem autorização judicial, desde que o indivíduo seja visualizando praticando o delito. Já o flagrante em crimes permanentes é aquele em que a prisão em flagrante poderá ocorrer a qualquer tempo, porquanto, como já debatido, enquanto perdurar a situação de permanência, o delito ainda está sendo praticado, autorizando-se a qualquer tempo a contemplação da prisão em flagrante.

É o que entende Lopes Junior (2022, p.1501), quando aduz que "[...] nesses casos a consumação se prolonga no tempo, fazendo com que exista um estado de flagrância igualmente prolongado". Dessa forma, sendo o crime classificado como permanente, poderá haver flagrante delito a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, pois se trata de crime cuja consumação se prolonga no tempo, estando o agente em situação de flagrância enquanto houver permanência da conduta delitativa, podendo haver prisão em flagrante sem necessidade de prévia autorização judicial (LIMA, 2022). Ademais, o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 303 (BRASIL, 1941), ressalta que, nos crimes permanentes, enquanto estiver o crime na situação de consumação, o suspeito está em flagrante delito.

Entra-se, a partir disso, em outro aspecto: o flagrante delito na violação ao domicílio. Sobre o tema, Lima (2022, p. 694) discorre que:

Há divergências quanto à espécie de flagrante que autoriza a violação ao domicílio sem mandado judicial. Sob o argumento de que, como garantia constitucional, a proteção ao domicílio não pode ser alargada indevidamente, parte da doutrina sustenta que a única espécie de flagrante que autoriza o ingresso em domicílio sem autorização judicial é o flagrante próprio.

Nessa linha, o autor limita que, de todos as espécies de flagrantes anteriormente mencionadas, apenas será permitido, para ingresso forçado em domicílio, o flagrante próprio, onde o investigado está cometendo ou acaba de cometer o crime, não cabendo a violação ao domicílio quando, por exemplo, o agente é perseguido, ainda que o crime seja caracterizado como permanente.

3.3 O crime permanente de tráfico de drogas

Já caracterizado o delito permanente e como será regulado o flagrante delito nesses casos, passa-se à análise do delito de tráfico de drogas que, em alguns casos, será caracterizado como crime permanente, o que, por consequência, autorizará o flagrante delito a qualquer tempo, enquanto estiver sendo perpetrado o tráfico. Para melhor compreensão, a Lei 11.343/06, denominada Lei de Drogas, criminalizou expressamente algumas condutas, em seu artigo 33, da seguinte maneira:

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 (BRASIL, 2006).

Nota-se, do artigo supracitado, que em algumas das condutas criminalizadas o delito está sendo consumado durante algum tempo, podendo cessar a qualquer momento, sendo que, enquanto estiverem sendo cometidas, serão definidas como crimes permanentes. São exemplos delas os verbos expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entre outras.

Por exemplo, da conduta de ter em depósito, o autor do crime, inicialmente, colocará os entorpecentes dentro da residência, mantendo em “depósito” a substância, não havendo necessidade de outra conduta do agente, pois estando as drogas guardadas na aludida residência já caracteriza tanto o crime de tráfico de entorpecentes como a situação de flagrância, isto porque o crime, embora já iniciado, continua acontecendo enquanto as drogas estiverem guardadas (NUCCI, 2017).

Ressalta-se, entretanto, que não são todas as condutas criminalizadas pela Lei de Drogas que terão caráter permanente, como, por exemplo, adquirir e oferecer, pois nestas situações há apenas uma única conduta sem resultado prolongado. Nestas, o efeito é instantâneo. É o que entende Lima (2020, p.1053):

O crime de tráfico de drogas, por seu tipo plurinuclear, enseja diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas. Nem sempre o agente traz consigo drogas ou age ostensivamente de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante, com a mitigação de um direito fundamental.

Nessa linha, não se pode confundir as condutas tipificadas como permanentes com as instantâneas, e vice-versa, sob pena de violação de direito fundamental sem justificativa, não sendo todas as condutas passíveis de serem classificadas como permanentes. Desta forma, é permitida a excepcional entrada forçada na residência, a qualquer tempo, se estiverem sendo cometidas, no interior da residência, as condutas ilícitas tipificadas no artigo 33 de caráter permanente, sem necessidade de mandado de apreensão prévio ou mesmo consentimento do morador do local, com posterior prisão em flagrante e apreensão do objeto do crime que, neste caso hipotético, seriam as drogas. Ressalta-se, ainda, que no caso de flagrante delito não há necessidade de restringir-se o cumprimento no lapso temporal – ou seja, durante o “dia” -, podendo ser realizada a diligência durante o período noturno, se o delito ainda estiver ocorrendo (LOPES JUNIOR, 2022).

Em relação ao tema, Lima (2022, p.1053) explica que “estando o agente em situação de flagrância no interior de sua casa, e desde que haja justa causa nesse sentido, será possível a violação ao domicílio mesmo sem mandado judicial”. Nesse sentido, o autor ressalta a necessidade de “justa causa” para invasão justificada do domicílio, a qual é imprescindível para demonstrar que o agente público tinha conhecimento de que ocorria um crime no interior da residência, pois não há como visualizá-lo antes de entrar no domicílio alheio e constatar a situação de flagrância.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2022) já firmou entendimento nesse mesmo sentido:

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. NULIDADE DA PROVA COLIGADA. ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. Imputação de prática do crime de tráfico de drogas, conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06 que se caracteriza como crime permanente, de modo que seu estado de flagrância é protraído no tempo, a exigir, como regra, o ingresso em domicílio alheio exige autorização judicial. Com efeito, prescinde de ordem judicial prévia a atuação policial que, visando paralisar a ação criminosa e evitar a destruição ou ocultação da prova, procede à busca domiciliar, quando as circunstâncias do caso concreto indicarem a ocorrência de situação de flagrante delito no interior da residência. Exige-se, portanto, para a convalidação da prova obtida nesse contexto, a demonstração da justa causa à mitigação da inviolabilidade do domicílio. [...] EMBARGOS DE INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70085568871, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 06-05-2022).

Conforme supracitado, a situação de permanência de algumas condutas do tráfico de drogas autoriza o ingresso forçado no domicílio, sem autorização judicial. Entretanto, a característica de permanência, isoladamente, não bastará para justificar a entrada em domicílio sem mandado judicial, devendo haver fundamentação na justa causa, ou seja, exige-se motivos que justifiquem porque tal decisão foi tomada pelo policial.

Em outros casos, no entanto, não havendo flagrante delito nem autorização judicial, a entrada no domicílio alheio está autorizada pelo consentimento do morador, conforme disposição constitucional. Tal afirmação, de início, promove sensação de clareza quanto ao consentimento, partindo do pressuposto que a casa é sim asilo inviolável, mas poderá entrar nela quem o morador ou dono da residência consentir, autorizar ou mesmo convidar.

Entretanto, o consentimento do morador não deve, de maneira alguma, receber tratamento de menor relevância, tendo em vista que nem sempre este será dado por livre e espontânea vontade, conforme já exposto. Poderá, dessa forma, ser forçado e entregue por coação, quando visto pelo ângulo quem comete ilícito no interior da residência, por exemplo. Acerca do consentimento do morador, ainda em 2014, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS (RIO GRANDE DO SUL, 2014), decidiu que:

[...] inexistente previsão legal de busca domiciliar mediante o mero e suposto consentimento do proprietário, já que a anuência, quando de fato há, é evidentemente dada sob constrangimento. Ingresso não autorizado judicialmente, quando as investigações poderiam facilmente ter conduzido à representação por mandado de busca e apreensão. Pela clara violação ao art. 5º, IX, da Constituição Federal [...]

Nesse sentido, entendeu a terceira câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda em 2014, que somente o consentimento do morador não deve ser fator suficiente para justificar o ingresso forçado no domicílio, pois se presume que este seja viciado, na linha de raciocínio de que o suposto autor do crime não autorizaria, espontaneamente, aos agentes públicos o ingresso na sua residência considerando a potencial existência de elementos que o incriminem. Sobre o consentimento, pontua Lopes Junior (2022, p.1284):

A autoridade policial deve certificar-se de que o sujeito que está autorizando o ingresso em sua residência tem plena consciência e compreensão do ato. Inclusive, considerando que o direito de silêncio inclui o de não produzir prova

contra si mesmo, de modo que ninguém está obrigado a consentir que a autoridade policial ingresse na sua residência sem mandado judicial, é fundamental que o sujeito saiba as consequências que podem surgir dessa autorização.

Nessa linha de pensamento, havendo eventual “consentimento”, o indivíduo deverá ser orientado de que não é obrigado a consentir, devendo ter ciência e conhecimento do que isso poderá acarretar. Outrossim, a lei autorizará, em situações extremas, a entrada sem consentimento no domicílio alheio, nos casos de flagrante delito ou por determinação judicial. Entretanto, para que não ocorra nenhum tipo de abuso por parte dos agentes públicos e, conseqüentemente, responsabilização por abuso de autoridade, é necessário assegurar que exista “justa causa” ou fundadas razões para licitude dessa medida, conforme será analisado a seguir.

3.4 As fundadas razões para ingresso forçado ao domicílio

Como visto anteriormente, para eventual expedição de mandado de busca e apreensão e para o ingresso forçado no domicílio por flagrante delito, será necessária a presença da “justa causa”, que podem ser chamadas também de fundadas razões, sendo que é requisito principal indispensável para que não haja violação de quaisquer direitos e garantias previstas constitucionalmente.

Primeiramente, cumpre destacar que a justa causa, ou as determinadas fundadas razões, são requisitos previstos tanto para deferimento e expedição de mandado de busca e apreensão, previstas no artigo 240 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), quanto para o ingresso forçado no domicílio, nas situações de flagrante delito. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema de Repercussão Geral nº 280 (BRASIL, 2006) 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.

Dessa forma, o ingresso forçado no domicílio exige, indispensavelmente, a presença de fundadas razões, que justifiquem a entrada e que evidenciem que os

policiais tinham conhecimento da prática de crime na residência antes de entrarem na referida, sendo que estas devem ser apresentadas posteriormente (LIMA, 2022). A justa causa e fundadas razões são os indícios ou demonstrações, ainda que mínimas, de que está ocorrendo crime no interior da residência. Estas razões têm que ser suficientes para dar certeza aos policiais que há ilícito sendo cometido, não deixando dúvidas quanto a situação de execução do crime.

Adentra-se, desta forma, outro fator: de que forma os policiais poderiam saber, antes de entrar na residência, que em seu interior estaria ocorrendo algo ilegal, e o que são essas “fundadas razões”. Para isso, será necessária a análise de cada caso individualmente, para verificar se o fato que ensejou a busca e apreensão sem autorização judicial é suficiente para caracterizar fundada razão para a diligência.

Ainda, no que se refere aos crimes permanentes, embora a lei autorize a prisão em flagrante a qualquer tempo, conforme dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) é imprescindível que a situação de permanência, assim como a fundamentação da violação do domicílio, esteja anteriormente evidente para justificar a diligência.

Por este motivo, Lopes Junior (2022, p.1289) argui que “[...] alguns setores da doutrina e jurisprudência passaram a exigir que a polícia comprove de que forma soube, previamente, da ocorrência do crime permanente”. Assim, conforme indica o autor, é preciso haver a existência da comprovação prévia de que forma os agentes públicos tinham conhecimento da conduta do investigado. No mais, ressalta-se que as fundadas razões, ainda que validadas “*a posteriori*”, conforme estabeleceu o STF na Súmula nº 208 (BRASIL, 2006), deverão ser anteriores ao ato de entrar na residência, não se permitindo investigações posteriores como forma de justificar o ingresso forçado ao domicílio.

No caso das condutas permanentes tipificadas na Lei de Drogas, é essencial excessivo rigor quanto as alegadas fundadas razões, fator que abre espaço para diversas problematizações. Isto porque, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, na maioria das vezes, os policiais são as únicas testemunhas do crime, assim como é o próprio órgão que fiscaliza investigações e recebe, por exemplo, denúncias anônimas. Para melhor entendimento, Lopes Júnior (2022, p.1291) explica que:

Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “x”, bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente “parecia” que havia droga. É preciso que o flagrante esteja visualizado ex-ante. Inexiste flagrante permanente imaginado.

Nesse sentido, não basta a mera alegação de que o ingresso no domicílio se baseou em denúncias anônimas, sem posterior comprovação destas, ou mesmo alegadas suposições sobre tráfico ocorrendo no interior de uma residência. Assim, indispensável que as fundadas razões estejam acompanhadas de fundamentações e critérios passíveis de posterior comprovação para que a entrada em residência alheia não seja baseada em meras alegações ou justificadas de forma rasa ou, ainda, infundada.

De outro modo, necessário ressaltar que, ainda que esteja evidenciada a justa causa, elementos mínimos e fundadas razões, é necessário estar presente o requisito “urgência”, pois caso não seja de extrema urgência o ingresso ao domicílio, deverá a Autoridade Policial representar judicialmente pela expedição de mandado de busca e apreensão. Acerca do tema, Lima (2022, p. 684) diz que:

De todo modo, para que a polícia possa adentrar em uma residência nesses casos de flagrante delito, sem mandado judicial, exige-se aquilo que se costuma chamar de “causa provável”, ou seja, quando os fatos e as circunstâncias permitiriam a uma pessoa razoável acreditar ou ao menos suspeitar, com base em elementos concretos, que um crime está sendo cometido no interior da residência, que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei.

Aqui destaca-se que, além da justa causa, deve haver a probabilidade e risco evidente de que as provas do crime possam ser descartadas, destruindo, desta forma, as evidências da materialidade de crime, ou qualquer outra situação que possa prejudicar a correta aplicação da lei. Ocorre que no caso do tráfico de entorpecentes, diversas vezes existe a possibilidade de requerimento judicial, como nos casos em que os policiais realizaram a vigia anterior ou em cidades pequenas, cujo lugares são popularmente conhecidos como ponto de comércio de entorpecentes. Todavia, tal medida não é realizada.

De outra forma, destaca-se que mera suspeita, ainda que autorizasse eventual

busca pessoal, de modo algum será suficiente para proceder com buscas domiciliares, conforme realça Lopes Júnior (2022, p.1294) “[...] não se pode igualar a proteção do domicílio com a proteção da integridade física de quem está em via pública. São níveis diferentes de tutela e proteção”. Sobre a temática, o doutrinador Ingo Sarlet (2013, p. 558), ressalta que:

Quanto a busca domiciliar, a exigência é robustecida, lógica e axiologicamente, somente sendo deferida quando fundadas razões a autorizem e para as finalidades elencadas nas alíneas “a” a “h” do citado artigo 240 do CPP. A motivação, agora, a par de idônea e racional, é necessariamente concreta e com grau apertado de fundamentação. Por outro lado, salvo situação muito peculiar, cujo ônus demonstrativo é de quem alegar, de uma busca pessoal não se passa, num salto pelos direitos e garantias fundamentais, a uma busca domiciliar.

Neste ponto, o autor, além de ressaltar que a busca pessoal e a busca domiciliar possuem direitos e garantias distintas, ressalta a exigência das fundadas razões também para o deferimento do mandado de busca e apreensão, em juízo. Por isso, deverá ser demonstrado e comprovado que, antes do ingresso ao domicílio os agentes estatais agiram em razão da existência de justa causa que autorizasse o ingresso forçado em domicílio. Nesse mesmo sentido Lima (2022, p.694) pontua que “[...] o modelo probatório deve ser o mesmo da busca e apreensão domiciliar, que pressupõe a presença de fundadas razões, as quais, logicamente, devem ser exigidas de maneira modesta e compatível com o momento em questão.”.

Contudo, em inúmeros casos atuais documentou-se a entrada no domicílio por flagrante delito de tráfico de drogas sem que restasse comprovada a justa causa para ingresso dos agentes públicos, o que poderá ensejar diversas nulidades no processo penal e, por vezes, absolvição. As fundadas razões, aplicadas e analisadas no caso concreto, serão debatidas profundamente e analisadas posteriormente.

3.5 O inquérito policial e a nulidade das provas

As fundadas razões e justa causa para ingresso forçado ao domicílio, quando demonstradas, assim como a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes, estarão presentes no inquérito policial. Lima (2022, p.157) conceitua inquérito policial como:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido exclusivamente por Delegado de Polícia, o inquérito policial consiste em conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Com base no conceito retro, é possível diferenciar claramente os elementos colhidos na fase do inquérito policial dos produzidos na instrução processual, porquanto os do inquérito possuem caráter meramente informativo, embora sustentem o início da persecução penal.

Outrossim, pode-se argumentar que apenas a prova colhida na instrução probatória, no procedimento processual, é válida e possui valor probatório para fins de condenação e, sendo o caso de insuficiente as provas colhidas durante a instrução, deverá prevalecer o princípio da presunção da inocência (*in dubio pro reo*), sendo a absolvição medida que se impõe (LOPES JÚNIOR, 2021). Isto porque o princípio do contraditório e ampla defesa somente são exigidos e obrigatoriamente assegurados na esfera judicial, isto é, durante a instrução processual, o que justifica a determinação de ser denominado “prova” somente aquelas colhidas nesse meio (LIMA, 2022). Quanto a isso, o artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) dispõe que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, não pode o juiz ter como fundamento somente as provas colhidas na fase do inquérito policial. Ocorre que, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, grande parte das provas de autoria e materialidade estão no inquérito policial e, por consequência, se houverem fundadas razões, estas também estarão indicadas no inquérito, sendo que na maioria dos casos os policiais são as únicas testemunhas do fato, por estarem presentes na apreensão e na prisão em flagrante.

Para maior estudo, adentrar-se-á no mérito das características do inquérito policial, quais sejam: escrito, dispensável, sigiloso, inquisitório, indisponível e temporário. Todas as características são importantes para o estudo em tela, entretanto, por ora, deve-se analisar especificamente a característica denominada “dispensável”. Como já exposto, o

inquérito policial é procedimento informativo, que visa trazer indícios mínimos de autoria e materialidade para que o órgão acusador possa propor a ação penal, se assim for cabível. Então, tratando-se de documento cuja única finalidade é produção de informações a anteceder ação penal, tem-se que se o titular da ação penal já tiver obtido o mínimo de elementos que indiquem autoria e materialidade para propositura da ação, o inquérito será dispensável.

Do mesmo modo, o próprio Código de Processo Penal ressalta a respeito em seu artigo 12 (BRASIL, 1941) estabelecendo que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”. Neste artigo, o legislador refere que não há necessidade de a peça acusatória ser acompanhada por inquérito policial quando não for necessária para persecução penal (LIMA, 2022).

Ademais, os artigos 39 e 46 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) trazem expressamente a possibilidade de dispensa do inquérito policial:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

[...]

Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

Portanto, há previsão legal acerca da dispensabilidade do inquérito policial, podendo o Ministério Público dispensar o inquérito se já houver elementos suficientes para ingressar com ação penal contra o autor do crime. No entanto, destaca-se novamente: as fundadas razões deverão, já na fase inquisitória, estar presentes e serem comprovadas nessa mesma fase, considerando que a justa causa deve ser anterior a prisão em flagrante, sendo inadmissível, neste caso, a dispensabilidade do inquérito policial.

Decorre disso outra importante linha de raciocínio, que é a nulidade das provas colhidas por meios ilícitos. Conforme destacado anteriormente, há a possibilidade de serem consideradas nulas as provas obtidas da invasão domiciliar, mesmo em flagrante delito, se comprovado que houve violação aos direitos fundamentais, ou seja, que não foram seguidos os parâmetros legais aqui destacados.

Outrossim, a nulidade das provas deriva da ilegalidade da diligência que, nesse caso, é a busca e apreensão indevidamente justificada, violando o princípio da inviolabilidade domiciliar.

É o que determina o artigo 157 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

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 nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

No artigo supracitado, além da inadmissibilidade das provas ilícitas, o legislador igualmente se baseia na “teoria da árvore dos frutos envenenados” ou “princípio da contaminação”, o qual refere que as provas derivadas das provas ilícitas serão, da mesma forma, assim consideradas. Assim explica Lopes Júnior (2022, p. 1004):

[...] ao princípio da contaminação, entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve.

A linha do autor baseia-se na ideia de que, se houve procedimento ilegal, as provas obtidas por meio desse procedimento também devem ser consideradas ilegais, pois apenas obtidas em razão de ato ilegal. A consequência disso, na maioria das vezes, é a absolvição do acusado. Isto porque, no crime de tráfico de entorpecentes, as provas obtidas (materialidade do crime) seriam os entorpecentes ou objetos que evidenciem traficância e, se adquiridos da violação de direitos fundamentais (aqui, o da inviolabilidade domiciliar), serão consideradas nulas, assim como todo o restante das provas, ainda que produzidas durante o processo, não restando materialidade do delito para amparar condenação criminal.

Diante de todo esse contexto, tem-se a possibilidade de os agentes públicos ingressarem no domicílio alheio no caso de autorização judicial, as quais deverão ser deferidas pelo juiz se houverem elementos que evidenciem a ocorrência do crime. Poderá ainda haver a entrada forçada do crime de tráfico de drogas também nas situações de flagrante delito, o que pode ocorrer em alguns casos no tráfico de entorpecentes, porquanto este possui característica permanente. Entretanto, tal diligência deve ser acompanhada de “fundadas razões”, as quais estarão consubstanciadas no inquérito policial e, se não demonstradas, poderão ser declaradas nulas e desentranhadas do processo pela violação de direitos fundamentais.

4 OS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA INGRESSO AO DOMICÍLIO

Como explanado nos capítulos anteriores, o ingresso forçado ao domicílio poderá ocorrer nos casos de flagrante delito, podendo ocorrer a qualquer tempo nos crimes permanentes (enquanto perdurar a permanência), como é o caso de algumas condutas estabelecidas no crime de tráfico de entorpecentes.

Entretanto, como já discutido, serão necessários alguns cuidados, por parte dos agentes públicos, para que o ingresso forçado não seja inválido e não viole o princípio da inviolabilidade domiciliar. O principal deles é a presença da justa causa para ingresso no domicílio, como já discorrido nos capítulos anteriores. Em relação a justa causa, em que pese já ser pacificado o entendimento de sua necessidade, a aplicação desta no caso concreto estampa diversos problemas: seja na identificação da justa causa ou mesmo no cumprimento dos mandados e na apreensão da materialidade do crime de tráfico de entorpecentes (que não são apenas os entorpecentes ilícitos, mas tudo aquilo que indique a traficância, como balança de precisão, caderno de contabilidade, embalagens para fracionamento, entre outros), no dia a dia.

Em razão dos problemas relacionados a isso, os Tribunais Superiores, mais especificamente o Superior Tribunal de Justiça, estabeleceram alguns requisitos que deverão ser cumpridos para licitude do mandado ou da invasão pelo flagrante delito. Da mesma forma, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal em alguns sentidos, que serão explanados ao longo do presente capítulo.

4.1 Os requisitos estabelecidos pelo STJ: as fundadas razões, o perigo da demora e as denúncias anônimas

Considerando todo o exposto até o momento, diante da problematização nos cumprimentos dos mandados de busca e apreensão e no ingresso forçado ao domicílio, bem como no consentimento dos moradores para ingresso, o Superior Tribunal de Justiça determinou alguns requisitos a serem seguidos pelos agentes policiais, para que haja efetivo cumprimento ao dever legal, evitando o descumprimento da norma fundamental

da inviolabilidade ao domicílio e para que esteja presente a justa causa mencionada anteriormente. Essas medidas foram tomadas para evitar ainda mais a violação de direitos fundamentais, conforme argumentou a 6ª Turma ao julgar o Habeas Corpus nº 598051/SP (BRASIL, 2021a):

Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado [...]

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº 598051/SP (BRASIL, 2021a), estabeleceu diretamente alguns requisitos para serem cumpridos pelos policiais. O primeiro deles, em verdade, veio para reforçar aquilo já discorrido anteriormente: não basta apenas o caráter permanente do delito de tráfico de drogas para ingresso forçado no domicílio alheio, a qualquer tempo, sendo imprescindível a existência das já conceituadas fundadas razões. Além disso, a urgência da medida deve estar clara, como também já debatido e conforme reforçou o STJ:

Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo (BRASIL, 2021).

Ao decidir desta forma, a Corte Superior estabeleceu que, ainda com a presença de justa causa, deve haver perigo eminente de que a prática seja cessada durante o tempo em que se requer autorização judicial para adentrar a residência, não havendo possibilidade de os agentes policiais aguardarem o deferimento do juiz para expedir mandado de busca e apreensão. Nesse sentido, além das fundadas razões, imperioso é a demonstração da impossibilidade de requerer a expedição de mandado para busca e apreensão, evidenciando, assim, que o atraso de determinação judicial (mandado) prejudicaria obtenção de provas do crime ou a prisão em flagrante (LOPES JÚNIOR, 2022).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que a mera suspeita ou desconfiança da prática criminosa não caracteriza a justa causa e, por consequência,

não autoriza o ingresso forçado ao domicílio, assim como a fuga em direção a sua residência quando visualizada a guarnição policial, destacando que a fuga é “comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente” (BRASIL, 2021).

Da mesma forma, depois de ressaltar que a fuga para residência nem a mera suspeita caracterizam justa causa, a referida Corte vem mantendo seu entendimento. Exemplo disto é o julgamento do Habeas Corpus nº 707739/GO (BRASIL, 2022a), julgado em 06 de setembro de 2022, em que o Ministro Relator Ribeiro Dantas julgou ilícitas as provas colhidas no interior da residência, oriundas de situação de flagrante ilegal. Isto porque, no caso citado, os agentes públicos narraram que o flagrante e o ingresso no domicílio ocorreram em razão de o acusado, ao avistar os policiais, empreender fuga e ter entrado na residência. A Corte destacou que tal circunstância, isoladamente, não configura a necessária justa causa para autorização de ingresso forçado em domicílio. A respeito do tema, Lima (2022, p. 695) ressalta que:

[...] ao menos que se possa inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o evasor esteja praticando crime de tráfico de drogas, ou outro de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não haverá razão séria para a mitigação da inviolabilidade de domicílio, ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência.

Assim, conforme argumenta o autor, tal encontro e consequente apreensão dos ilícitos entorpecentes ocorreram por mera “intuição” dos agentes públicos, circunstância esta que é insuficiente para legitimar a entrada lícita na residência (LIMA, 2022). Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que, assim como somente a fuga do acusado para residência não caracteriza justa causa, também a mera existência de denúncias anônimas, sozinhas, não possuem o poder de autorizarem o ingresso forçado no domicílio alheio.

Exemplo disso é a decisão proferida pela Min. Rel. Laurita Vaz, ao julgar o Habeas Corpus nº 669516 (BRASIL, 2022f). No caso citado, os policiais receberam denúncias anônimas de que em determinado endereço ocorria tráfico de entorpecentes e, ao chegarem na residência, abordaram o acusado recebendo encomenda, a qual verificou-se, posteriormente, tratar-se da droga denominada maconha. Em razão disso, os agentes

públicos ingressaram na referida residência, localizando mais substância entorpecentes. Assim, entendeu a Sexta Turma que não haviam fundadas razões para ingresso ao domicílio, porquanto amparadas somente em denúncias anônimas e apreensão anterior de ilícitos. Desse entendimento, foi determinada a nulidade das provas obtidas do ingresso e, por consequência, será realizado novo julgamento sem a materialidade decorrida da violação ao direito fundamental. Explica Lima (2022, p. 695):

Uma denúncia anônima, de per si, é dizer, desacompanhada de outros elementos preliminares indicados de crime, como, por exemplo, uma “campana” próxima à residência para verificar a movimentação na casa e outros elementos de informação que possam ratificá-la, não legitima o ingresso de policiais em domicílio alheio, assim, nessas situações, justa causa para a medida.

Dessa forma, a denúncia anônima, desacompanhada de mais elementos, não poderá legitimar o ingresso lícito em domicílio. Pode-se destacar que uma das motivações acerca das decisões supracitadas é também a dificuldade de comprovação dessas denúncias, sendo somente alegadas pelos agentes público e não comprovadas posteriormente, à luz do contraditório. Além disso, as denúncias anônimas são recebidas com dúvidas e receios, justamente por serem anônimas, mas também porque, muitas vezes, poderá advir de outras motivações como, por exemplo, punição contra indivíduos já conhecidos pelo comércio de entorpecentes. É o que ressaltam Rosa e Khaled Jr. (2020, p.132) quando aduzem que:

Assim é que a denúncia anônima não pode ser tida, a priori, como fundamento suficiente, nem justifica qualquer medida direta pelo agente estatal que não a investigação preliminar e o requerimento, posterior, ao Poder Judiciário, das medidas cautelares que se fizerem necessárias, apresentando as investigações até então realizadas.

De outra forma, não se pode descartar a possibilidade destas denúncias anônimas serem forjadas, pelo fato de o indivíduo, muitas vezes, já ser conhecido como “traficante” na cidade. Justamente por possuírem caráter anônimo e não serem reproduzidas durante a instrução processual que surge tal desconfiança, bem como pela controvérsia dos depoimentos policiais em juízo (quando arrolados mais de um como testemunha do fato).

Em cidades cujo tráfico é intenso, é possível a dominância do “ponto” ou do lugar por determinada facção. Em razão disso, alguns indivíduos já são popularmente conhecidos como membros destas facções e por reiteração delitiva específica, sendo

taxados como “traficantes”, até mesmo por condenações anteriores. Disso, decorre que, muitas vezes, são avistados pelos agentes públicos e vislumbrados em situação “suspeita”, por vezes sendo forjadas denúncias anônimas pela ausência de outros elementos indicativos a amparar o ingresso no domicílio (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013).

Tal situação não pode, sob qualquer pretexto, ser minimamente aceita, tanto no contexto fático quanto no ordenamento jurídico. É o que ressaltam Sarlet e Weingartner Neto (2013, p.559):

A mera informação, de que o réu é traficante, gravita na esfera das suposições. É estática e não passa de etiqueta acoplada ao ser humano. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é o dogmaticamente correto, não significa dizer que a vaga suspeita da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância.

Conforme explicado pelos autores, a situação de permanência do crime de tráfico de drogas não passa para a pessoa em si, delimitando-se ao crime. Em razão disso, o fato de o indivíduo ser conhecido e haver a mera suspeita em razão de práticas anteriores, não autoriza que ele esteja, a qualquer tempo, em situação de flagrância a autorizar o ingresso ao domicílio sem autorização judicial ou do morador (LIMA, 2022).

Importante frisar, da mesma forma, que em alguns casos a denúncia anônima, acompanhada da já argumentada fuga para a residência, também poderá ser ilegal, quando não comprovados em juízo. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Habeas Corpus nº 755108/SC (BRASIL, 2022c), julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual a Corte ressaltou a necessidade de prévias diligências policiais para certeza de que, dentro do imóvel, estava ocorrendo a traficância.

Destaca-se, por fim, a necessidade de maior análise jurisprudencial no que diz respeito às atitudes suspeitas. Para isso, analisa-se o Habeas Corpus nº 747.376/SC (BRASIL, 2022d), julgado pela Quinta Turma do STJ. Nesse caso, a guarnição policial, em patrulhamento, visualizou indivíduos em atitude que indicava a traficância e, ao perceberem a viatura, tentaram fugir para dentro da residência, tendo os policiais ingressado na residência para apreensão dos ilícitos. No caso paradigma, entendeu a

Quinta Turma estarem presentes elementos que configurassem a justa causa para ingresso ao domicílio, pela ausência de dúvida quanto aos indícios de fundadas razões.

Conforme exposto, devem estar presentes, ainda que minimamente, as fundadas razões, e entende a Sexta Turma do STJ que somente a denúncia anônima ou mesmo a fuga do suspeito não poderá ser suficiente para autorizar o ingresso forçado no domicílio alheio, sob pena de serem ilícitas as provas colhidas no interior da residência. Sobre o tema, por fim, Lima (2022, p. 695), ressalta que:

Ainda que o tráfico ilícito de drogas seja um tipo penal com vários verbos nucleares, de caráter permanente em alguns destes verbos, como, por exemplo, ter em depósito, não se pode ignorar o inciso XI do artigo 5 da Constituição Federal e esta garantia constitucional não pode ser banalizada em face de tentativas policiais aleatórias de encontrar algum ilícito em residências.

Assim, devem estar presentes indícios mínimos que evidenciem a necessidade do ingresso forçado, sendo que devem estar amparados em mais do que uma simples denúncia anônima isolada e, se for o caso, esta deve ser comprovada durante a instrução processual. Disso, nota-se que cada caso deve ser analisado com extrema cautela, verificando se, naquele procedimento, estiveram presentes as fundadas razões para ingressar na residência alheia sem mandado nem consentimento.

4.2 Os requisitos estabelecidos pelo STJ no Habeas Corpus nº 598051/SP: o consentimento

Já analisados os requisitos de imprescindibilidade da atuação policial no momento da violação e da insuficiência quanto à denúncia anônima e fuga do indivíduo para ingresso na residência, passar-se-á a analisar acerca de outro requisito estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça: o consentimento e suas diretrizes. Conforme já discorrido no capítulo anterior, o consentimento afasta a violação ao domicílio, sendo que poderá ser autorizada a entrada do policial na residência em que este objetiva adentrar.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº 598051/SP (BRASIL, 2021a), indicou que, em caso de eventual consentimento, este deve ser voluntário e facultativo, livre de qualquer coerção:

Os Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não podem haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento “deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção (“consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion”). (*United States v McCaleb*, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando *Simmons v Bomar*, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965).

A decisão referida nesse excerto merece ser explorada em mais detalhes:

O consentimento para busca, para que seja voluntário, deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, descontaminado de qualquer constrangimento ou coação, e não deve ser ligeiramente inferido. [...] O governo tem o ônus de provar que tal consentimento foi dado. [...] Quando esses critérios são atendidos, se foi dado o consentimento voluntário, está bem estabelecido que uma busca pode ser feita sem mandado de busca [tradução do autor].

Dessa forma, a Sexta Turma do STJ segue reforçando que a autorização deve estar clara, ou seja, o agente deverá explicar à pessoa que está proferindo a autorização os impactos que tal medida poderá ensejar futuramente. Além disso, deve ser facultativo, e com isso explica-se que o indivíduo deve ter, sempre, a faculdade de realmente escolher se autoriza o ingresso ou não, sendo vedada toda e qualquer forma de coerção.

Sobre isso, Lopes Júnior (2021, p.1221) ressalta que “a autoridade policial deve certificar-se de que o sujeito que está autorizando o ingresso em sua residência tem plena consciência e compreensão do ato”. Além disso, frisa-se que, havendo dúvida se houve tal autorização, o ônus probatório será de responsabilidade do Estado e não do acusado.

Dessa circunstância advêm os demais requisitos quanto ao consentimento do morador. O STJ estabeleceu também que, havendo o alegado consentimento, deverá haver assinatura em documentos que declarem expressamente que houve consentimento e autorização do ingresso pelos agentes policiais, inclusive indicando possíveis testemunhas do ato.

Para indicar essa possibilidade, a Sexta Câmara apontou alguns julgados de outros países, fundamentando, por exemplo, que na França é necessário, além do livre consentimento e da pessoa ser plenamente capaz, a comprovação documental do consentimento, assinado a próprio punho pela pessoa que está autorizando. Além disso, destacou que nos Estados Unidos também é necessária tal formalidade, pela assinatura de formulário.

Aliás, a Corte Constitucional Americana, na verdade, possui duas regras únicas para busca e apreensão no interior da residência: com mandado judicial ou com o consentimento da pessoa. O mandado terá que ser expedido anteriormente e será autorizado quando estiverem evidentes a “*probable cause*”, ou seja, causa provável, que são as fundadas razões aplicadas na legislação pátria. Assim, tem-se apenas essas duas hipóteses previstas na Quarta Emenda Constitucional, sendo que “no caso americano, a Constituição garante o direito, mas não enuncia uma exceção em relação à Polícia, mas uma regra para a atuação do Poder Judiciário que limita a ação da Polícia” (DUARTE; MEDEIROS; SIQUEIRA, 2020, p.2032). Os demais são formações de construções jurisprudenciais em relação ao flagrante delito.

Tais considerações, conforme destacado, auxiliaram o Superior Tribunal de Justiça nas decisões em relação aos requisitos, assim como a Quarta Emenda vem sendo utilizada como base de argumentação em muitas decisões. O STJ finalizou o argumento no Habeas Corpus nº 598051/SP (BRASIL, 2021a), destacando que as buscas domiciliares autorizadas pela autoridade judicial necessitam, da mesma forma, de auto circunstanciado assinado:

Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal - analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial - ao dispor que, “finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

Tal fundamento consiste na argumentação de que, se na medida devidamente autorizada por juiz competente (deferimento do mandado de busca e apreensão), é prevista legalmente a necessidade de termo circunstanciado devidamente assinado, não haveria razão para a medida realizada sem a autorização de qualquer autoridade judicial não ter a necessidade de comprovação expressa de consentimento. Contudo, não se pode ignorar o fato de que, ainda que efetivamente tenha sido coletada a manifestação expressa acerca do consentimento, ela também poderá ter ocorrido sob a coação e não ter sido livremente alcançada.

Por esta razão foi que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que, além de preenchidos os requisitos supracitados, cumulativamente, deve ser realizada gravação

da autorização concedida, por meio de áudio/vídeo, a fim de que o consentimento expresso do morador para o ingresso ao domicílio esteja efetivamente comprovado:

Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Tal requisito surge para trazer a absoluta certeza de que houve o consentimento do morador e, mais do que isso, se não houve abuso de autoridade efetivado pelos agentes públicos, ou seja, coação no consentimento. Destaca-se ainda que tais medidas devam ser tomadas apenas no que diz respeito ao consentimento, não sendo necessário se este não for alegado pelos agentes públicos.

Ocorre que, na prática penal, quando não estão presentes as fundadas razões, ou quando há apenas denúncias anônimas, os policiais podem alegar ter havido consentimento do morador ou de terceiros, sem que este esteja efetivamente comprovado. Daí decorre a necessidade de determinação de requisitos.

Para melhor fundamentar, colaciona-se o teor do julgamento do HC nº 734.326/PR, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 3. A violação de domicílio teve como justificativa, como visto acima, tão somente denúncia anônima, tanto que nada de ilícito foi encontrado com o agente quando da revista pessoal, circunstâncias fáticas que não autorizam a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência nem a devassa em suas mensagens de celular, acarretando a nulidade da diligência policial, porquanto não há detalhamento acerca da apreensão precedente.

4. Ademais, a alegação de autorização de entrada dos policiais pelo agente não merece acolhimento, porquanto desacompanhada de qualquer elemento probatório no mesmo sentido, salvo o depoimento dos policiais que realizaram o flagrante (2022g).

No caso supracitado, além da entrada ao domicílio ter sido amparada apenas em denúncia anônima, os agentes públicos alegaram ter havido consentimento do acusado para ingresso na residência, o que foi descartado pelos Desembargadores, tendo em vista que os policiais não trouxeram quaisquer elementos probatórios para comprovação do consentimento.

Aliás, alguns doutrinadores vão trazer o conceito de “consentimento viciado”, que ocorre quando o acusado é visto em via pública e é levado, pelos agentes públicos, até sua residência, “consentindo” a entrada ao domicílio. Aqui, ainda que haja a comprovação do consentimento por meio de assinatura, por exemplo, este deverá ser desconsiderado, porquanto deu-se em razão de coação, ainda que tácita, pela intimidação da pessoa ao ser conduzido pelos policiais (LOPES JÚNIOR, 2022). De mais a mais, deverá ser analisado, no caso concreto, acerca de quem é o titular do direito de autorizar a entrada em domicílio, também sob pena de nulidade.

Pode-se dizer que a Constituição Federal, ao dizer expressamente “consentimento do morador” ressalta a ideia de que todos que residam no local podem consentir, ou seja, todos os moradores. Nesse sentido, se todos podem consentir, qualquer um deles também pode negar, tendo em vista que a invasão domiciliar afeta a todos os presentes (LIMA, 2022). Entretanto, diante do termo “morador”, pode-se concluir que pessoas que não residem no local não possuem autonomia para consentir o ingresso na residência de outrem, ainda que esse terceiro possua relação direta com os moradores do local.

Foi o que ocorreu no caso que repercutiu em razão do consentimento, na Apelação Criminal nº 1501837-08.2019.8.26.0533 do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2022):

Com efeito, todos os policiais deixam claro que não existia mandado de busca e apreensão específico para o endereço onde encontrados os itens que embasaram a condenação. Desconheciam o lugar, e somente chegaram a ele porque a genitora da namorada de Diógenes, dona da casa em que primeiro estiveram por força, aí sim, do mandado, - e onde nada de ilegal havia - levou-os até o segundo imóvel, em que funcionava o que parecia ser uma refinaria de drogas. Lá entraram sem autorização de quem legalmente poderia concedê-la, já que ninguém estava no domicílio na oportunidade. O acusado só foi pego posteriormente. À evidência, a mãe da companheira do apelante não poderia permitir o ingresso dos policiais, pois a residência não era dela.

No caso em tela, haviam mandados de busca e apreensão expedidos em residências de alguma forma ligadas ao réu, não sendo localizados quaisquer ilícitos nestas residências. No entanto, a mãe da companheira do réu indicou outra residência, na qual não havia autorização judicial, tendo esta franqueado a entrada do local e apreendidos os ilícitos. Diante dessa situação, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo declarou as provas ilícitas e absolveu o réu,

fundamentando que o consentimento não pode ser realizado por terceira pessoa que não resida no local.

Dessa forma, havendo o consentimento do acusado para ingresso à residência, este deverá ser comprovado, com autorização expressa em termo circunstanciado e ser coletado livre de qualquer tipo de coação, inclusive a coação de intimidação pela presença dos agentes públicos. Ainda, se possível, deverá ser gravado por meio de áudio/vídeo e não poderá ser dado por terceira pessoa, que não resida no local.

Estabelecidos tais requisitos, ao final, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento assegurando que, caso estes não sejam preenchidos e cumpridos efetivamente pelos agentes policiais, poderá haver ilicitude das provas, em razão de terem sido obtidas por meios ilícitos, isto é, violando o direito fundamental de inviolabilidade domiciliar.

A ilicitude das provas resultará, na maioria das vezes, na absolvição do acusado, porque, de acordo com a teoria da árvore dos frutos envenenados, todas as provas decorridas da prova ilícita (aqui, a prova ilícita decorrente da violação ao domicílio) também serão declaradas nulas. Disso, restará ausente a materialidade do crime, o que resulta na absolvição do acusado. Ressalta-se que, além disso, poderá haver a possibilidade de responsabilização dos policiais pelo descumprimento de norma fundamental. Além disso, o STJ estabeleceu o prazo de 01 (um) ano para treinamento, capacitação e aparelhamento eletrônico aos policiais, e adaptação para serem cumpridos os requisitos estabelecidos (BRASIL, 2021).

Dessa forma, analisados os requisitos, quais sejam: a presença de fundadas razões para o ingresso ao domicílio; a presença de urgência e perigo eminente que resulte na incapacidade de aguardar autorização judicial; o consentimento do morador, com a assinatura em documento que o declare e, por fim, a gravação da autorização do morador por meio de áudio/vídeo, estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça e aplicados pelos Tribunais locais, será analisado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

4.3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos requisitos impostos pelo Superior Tribunal de Justiça

Conforme argumentado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, por entender a extrema necessidade atual, estabeleceu requisitos a serem cumpridos para cumprimento legal da entrada forçada ao domicílio, assim como, posteriormente, julgou casos em que a prova foi considerada ilícita. Frente a isso, o Supremo Tribunal Federal também emitiu seu entendimento, após ter sido levada a Corte análise do HC nº 598.051, julgado pela Sexta Câmara do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, ressalta-se que tal decisão foi levada ao Supremo pelo Ministério Público, que argumentou que tais requisitos violam a Constituição Federal, atribuindo formalidades não existentes e agindo de forma inconstitucional, conforme Recurso Extraordinário nº 1.342.077/SP (BRASIL, 2021b). Assim, na oportunidade, ao julgar o referido recurso, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu, primeiramente, que diferentemente ao alegado pelo STJ, os requisitos e pressupostos legais acerca da inviolabilidade domiciliar já foram objeto de debate e analisados por aquela Corte, quando do julgado do Tema de Repercussão Geral n. 280:

Ocorre, entretanto, que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, após aplicar o Tema 280 de Repercussão Geral dessa SUPREMA CORTE, foi mais longe, não só transformando o presente habeas corpus individual em um habeas corpus coletivo, como também estabelecendo requisitos constitucionalmente inexistentes e determinando em abstrato e com efeitos vinculantes e erga omnes a todos os órgãos da administração de segurança pública do País (...) Nesse ponto, não agiu com o costumeiro acerto o Superior Tribunal de Justiça, pois acrescentou requisitos inexistentes no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, desrespeitando, dessa maneira, os parâmetros definidos no Tema 280 de Repercussão Geral por essa SUPREMA CORTE.

Dessa forma, conforme o excerto acima, o Supremo referiu que o STJ não apenas desrespeitou os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte, como também transformou um Habeas Corpus individual em um Habeas Corpus coletivo. Isto porque os requisitos foram aplicados em julgamento de HC interposto por uma parte individual e utilizados para declarar nulas as provas obtidas em Habeas Corpus de outras pessoas.

Em segundo lugar, o Supremo entendeu que, ao estabelecer tais requisitos, o Superior Tribunal de Justiça foi além de sua competência (BRASIL, 2022):

Não bastasse isso, em segundo lugar, na presente hipótese, o Tribunal da Cidadania extrapolou sua competência jurisdicional, pois sua decisão, não só desrespeitou os requisitos constitucionais previstos no inciso XI, do artigo 5º da

Constituição Federal, restringindo as exceções à inviolabilidade domiciliar, como também, inovando em matéria constitucional, criou uma nova exigência – gravação audiovisual da anuência de entrada no local – para a plena efetividade dessa garantia individual, desrespeitando o decidido por essa SUPREMA CORTE no Tema 280 de Repercussão Geral.

Na presente hipótese, apesar de ter alegado que “ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares”, o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, pois criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir que, “além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”.

Dessa forma, a Corte Suprema não apenas divergiu do STJ, como alegou que essa foi além de suas capacidades, acrescentando e restringindo exceções à normais fundamentais. Tal fundamento tem como principal argumentação que, além de ser de competência de o Supremo Tribunal Federal ditar as questões relativas à Constituição, sendo a Corte Suprema “guardiã” das normas constitucionais brasileiras, as alterações realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça implicam diretamente aos órgãos de segurança pública, tanto por ter determinado o prazo de um ano para treinamento, capacitação quanto por ter determinado que seja providenciado o aparelhamento necessário para gravação de áudio/vídeo.

Tais providências envolvem a segurança pública e afetam o financeiro de um Estado, que arcará com os custos dos órgãos de segurança pública. Ainda, necessário ressaltar que o artigo 144 da Constituição Federal prevê expressamente que a organização e funcionamento dos órgãos de segurança pública será disciplinada exclusivamente por Lei, não tendo o Superior Tribunal de Justiça força de Lei (BRASIL, 1988).

Em razão disso, a Corte Suprema concedeu parcial provimento ao Recurso Extraordinário, anulando a decisão do STJ no que diz respeito a exigência de documentação e gravação por meio de áudio ou vídeo das diligências policiais. Entretanto, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal anulando, o STJ manteve seu entendimento, anulando as provas obtidas com o ingresso ao domicílio baseado no consentimento não comprovado, posteriormente.

Exemplo disso é o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.842.493/AM, julgado pela Sexta Turma do STJ (BRASIL, 2022e). Nesse caso, assentou o Superior Tribunal de Justiça que o entendimento atual daquela Corte é no sentido de que, em caso de dúvida, é dever do Estado provar a voluntariedade do consentimento, a qual, naquele caso, não restou devidamente comprovado, sendo declaradas nulas todas as provas produzidas após a nulidade do ato, anulando o processo e resultando na absolvição do acusado.

Ou seja, mesmo após a decisão do Supremo anulando o requisito imposto no que diz respeito ao consentimento, o Superior Tribunal de Justiça manteve seu posicionamento, anulando os processos em que não houve a efetiva comprovação do consentimento nos parâmetros determinados.

Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.368.160, se manifestou pela existência de Repercussão Geral das questões, advindo o Tema nº 1208 (BRASIL, 2022h). Tal tema aguarda julgamento de mérito pela Suprema Corte e tem como título “pressupostos de validade do consentimento do morador para busca e apreensão domiciliar” onde serão discutidos os requisitos de validade do consentimento do morador para validar o ingresso domiciliar por terceiros à luz dos princípios fundamentais.

4.4 A possibilidade de aplicação dos requisitos no caso concreto e o combate à criminalidade

Diante de todo o exposto até o momento, algumas considerações merecem ser realizadas: de um lado, tem-se o Superior Tribunal de Justiça limitando o poder policial, trazendo requisitos antes inexistentes para não somente o ingresso forçado na residência como também para o ingresso realizado com o consentimento do morador. De outro, tem-se o Supremo Tribunal Federal, o qual não foi exatamente contrário aos requisitos impostos, mas alegou que o STJ não possui competência para introduzir requisitos na Constituição Federal, anulando os requisitos impostos em relação ao consentimento.

Os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça não foram desenvolvidos desamparados de argumentos ou sem que existissem episódios de

abusos e violações de direitos fundamentais suficientes, anteriores à decisão Superior, conforme argumenta o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o HC nº 598051/SP (BRASIL, 2021a):

[...]

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local.

O Superior Tribunal de Justiça, conforme acima colacionado, referiu que, embora a casa não possa ser utilizada como local seguro para traficantes, também não se pode negar que a desigualdade social e racial interfere no julgamento do policiamento ostensivo e nas abordagens, porquanto taxa determinados grupos como criminosos ou possíveis traficantes. No entanto, o STJ não destacou isso como algo absoluto, mas afirmou que não há como negar ou fechar os olhos para a existência desse quadro e da discriminação, a qual não necessita estar ligada intimamente a cor ou raça, por exemplo. O indivíduo pode ser abordado unicamente em razão do local onde se encontra, se este for conhecido como ponto de tráfico, ou por ser meramente conhecido como usuário, traficante ou mesmo apenas por ter registros policiais em seu nome (não necessariamente condenação e reincidência). Sobre o assunto, Rosa e Khaled Jr. (2020, p.52) destacam:

O problema reside na naturalização irrefletida de práticas autoritárias, que não são percebidas como ruínas na paisagem. Em outras palavras, as ilegalidades são reproduzidas na maioria das vezes por falta de permeabilidade democrática dos vetores constitucionais: simplesmente não são percebidas como tais.

Assim, os autores ressaltam que as práticas autoritárias existem e não podem ser ignoradas, mas são naturalizadas na prática criminal como se não fossem ilegalidades, justificando-se eventual violação à direito pela apreensão de ilícitos, mascarando as ilegalidades por entenderem que “os fins justificam os meios”.

Dessa forma, dizer que as práticas autoritárias não existem é, na maioria das vezes, “fechar os olhos” diante de um país marcado pela desigualdade social e o abuso

de autoridade. Embora não se possa ignorá-la, a guerra ao tráfico não pode ultrapassar barreiras constitucionais e democráticas, sob pena de ignorar direitos básicos individuais e caminhar em direção ao retrocesso.

Tamanhos são os casos em que ocorrem abuso de autoridade, que houve a necessidade de criação de lei especial para tratar e aplicar sanções administrativas e penais nos casos em que ocorrer abusos de autoridade, também pelos os policiais militares e civis, sendo que a Lei 13.869/2019 (BRASIL, 2019) prevê, em seu artigo 4º, III, a possível perda do cargo ou função pública do policial, assim como estabelece diversas sanções de natureza civil, administrativa e penal. Ainda, o artigo 25 do referido diploma legal determina a pena de detenção para o agente que obter a prova por meios ilícitos, que seria o caso da violação ao domicílio.

No mais, ressalta-se que, por vezes, a guerra ao tráfico é tão exigente que o Estado, embora ciente das normas tanto processuais quanto constitucionais, às desvalorizam e seus agentes públicos “criam mecanismos de manipulação, contando com o apoio popular, até o dia em que viram acusados e torcem para que o juiz seja garantista”, conforme afirmam Rosa e Khaled Jr. (2020, p.70). Isto porque, muitas vezes, poderá ocorrer a violação ao direito da inviolabilidade domiciliar e, justamente pelos agentes públicos notarem e terem conhecimento da norma constitucional, criam as “fundadas razões”, as denúncias anônimas e eventualmente manipulam um consentimento.

Evidente que não se pode desmerecer a palavra e depoimento dos policiais, sendo que estes devem ser analisados como de qualquer pessoa, conforme entendimento atual pacificado. Entretanto, no caso de violação ao direito fundamental de inviolabilidade domiciliar, também deverão ser analisados os depoimentos policiais como possíveis “autores”, porquanto possível prática ilícita por parte desses agentes estatais caracterizará abuso de autoridade, e serão utilizadas contra eles em um processo. Assim, em que pese os depoimentos dos policiais possuam extrema relevância para o processo penal, não podendo ser dispensados, também não devem ingenuamente serem tidas por verídicas de forma absoluta.

Para isso, deve existir uma linha tênue entre o combate à criminalidade e a violação aos direitos e garantias fundamentais, as quais devem ser aplicadas a todos, como visto anteriormente.

É o que entende Lima (2022, p. 697), quando diz que:

Há de se buscar um ponto de equilíbrio na correta interpretação do art. 5, inciso XI, da Constituição Federal. É dizer, se, de um lado, não se pode admitir, como ocorria antes da decisão do STF no julgamento do RE 603.616, que a constatação ulterior da existência de situação de flagrante no interior de uma casa teria o condão de validar o ingresso por agentes estatais, ainda que levado a efeito sem a presença de justa causa, do outro, também não se pode exigir um *stantard* probatório semelhante àquele necessário à expedição de um mandado de busca domiciliar [...]

Assim, deverá ser buscado esse ponto de equilíbrio, interpretando-se a norma constitucional de maneira que não deixe espaço para dúvidas, não se admitindo que a droga apreendida seja o suficiente para validar a violação de direito constitucional. Ademais, no que diz respeito ao consentimento, Lopes Júnior (2021, p.1225) levanta a ideia de que o consentimento previsto na Constituição não deve ser aplicado pelos agentes públicos, quando aduz que “[...] quando a Constituição fala em ‘consentimento’ isso não se dirige aos agentes do Estado, quaisquer que sejam, pois esses devem, previamente, obter o mandado judicial.”

Dessa forma, alguns doutrinadores afirmam que o termo “consentimento” utilizado pelo legislador na Constituição Federal não surgiu para ser aplicado por policiais. Isto porque dificilmente este seria concedido sem qualquer coerção, ainda que indireta, dos agentes estatais. Entretanto, tornou-se não somente direito, mas também costume a utilização do consentimento pelos agentes públicos, em decorrência do risco de demora do mandado judicial, sendo que os policiais alegam ter havido consentimento em seus depoimentos (tanto em suas declarações em sede policial quanto durante a instrução processual), sem qualquer comprovação de sua existência ou de este ter sido autorizado livre de coação.

Nota-se, diante de todo o explanado, a dificuldade de ser comprovado o consentimento, porquanto dificilmente este será concedido sem qualquer tipo de coação e abuso de autoridade. Isto porque, de um contexto coerente, nenhum indivíduo que tem em depósito entorpecentes dentro de sua residência consentiria, por vontade própria, que

terceiros ingressassem no local. Afirmar tal teoria seria o mesmo que dizer que qualquer um produziria provas contra si mesmo, o que vai em descontrao com o ordenamento jurídico vigente.

Diante disso, surge a necessidade de posicionamento do Supremo em afirmar que o consentimento não se aplica aos agentes públicos no que diz respeito unicamente ao caso de tráfico de entorpecentes. Cabe à Suprema Corte assegurar que a coação quanto ao consentimento não ocorra, sob risco de ultrapassar a linha entre o combate à criminalidade e os direitos fundamentais do indivíduo.

Não é necessário o Superior Tribunal de Justiça, em que pese seu acerto em tentar diminuir as atitudes ilícitas e autoritárias dos agentes públicos, crie requisitos em relação ao consentimento, se for vedado seu uso nesse contexto. Não será necessário determinar aparelhamento e criar normas para ditar os órgãos de segurança pública, nesse caso.

Quanto às denúncias anônimas e as fundadas razões, deverá ser analisado a possibilidade de serem registradas as denúncias anônimas de forma que não descaracterizem o anonimato, somente para fins acerca da comprovação da existência das referidas. Já as fundadas razões, estas deverão ser verificadas no caso concreto se são suficientes a amparar um ingresso forçado no domicílio alheio, não bastando meras alegações.

Tais medidas eventualmente reduzirão os abusos cometidos, conforme Lopes Júnior (2022, p.1298) ressalta:

Portanto, essas decisões sinalizam parâmetros legais importantes para validade da busca e apreensão (e licitude da prova obtida), além de exigirem uma significativa mudança na cultura policial, de modo a reduzir os abusos historicamente praticados e garantir a inviolabilidade do domicílio, um direito fundamental sagrado. Recordemos, por fim, que não se trata de impedir a atuação estatal, mas de demarcar as balizas da legalidade, respeitando a máxima de que punir e investigar são atividades imprescindíveis, mas dentro da estrita legalidade.

Assim, conforme delimita o autor, as medidas tomadas não são para impedir as atuações estatais e dos órgãos de segurança pública, mas para diminuição dos abusos e coações que a população inevitavelmente sofre, sendo que as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal sobrevieram principalmente para coerção estatal,

ou seja, para limitar o poder do Estado sobre o indivíduo, conforme explicado nos capítulos anteriores.

Criar esses mecanismos seria, dessa forma, a maneira mais justa de correta aplicação da norma constitucional e processual penal. Não pode o Estado, em busca do combate à criminalidade, violar direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Estas medidas deverão ser apresentadas posteriormente, mas encaminhadas ao judiciário antes do oferecimento de qualquer denúncia por parte do Ministério Público. Para isso, ainda, seria necessário determinar que o inquérito policial, nesse caso, é imprescindível para persecução penal, e não dispensável.

De mais a mais, ressalta-se que a medida mais eficaz e adequada é a autorização judicial, porquanto apresenta um controle maior tanto do Judiciário, quanto do Ministério Público e da Autoridade Policial, através da apresentação da investigação prévia, a necessidade do mandado, o parecer favorável do agente ministerial, a autorização do juiz e a obrigatoriedade de apresentação do cumprimento do mandado.

Por fim, destaca-se que a possibilidade de serem declaradas nulas as provas colhidas, ainda que sejam expressiva e variada quantidade de entorpecentes, não pode ser descaracterizada pelo legislador. Tal circunstância seria indicar que somente a Lei de Abuso de Autoridade seria necessária para cessar as práticas abusivas pelos agentes estatais, e abriria precedentes para mais coações e abusos. Isto porque, sob hipótese alguma, poderão ser admitidas provas decorridas de uma violação de direitos previstos constitucionalmente.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, ao proteger a casa de todos os indivíduos e visando assegurar a privacidade de toda pessoa, também estabeleceu as exceções em que o interesse da sociedade será maior do que as garantias individuais, na medida em que assegurou que no caso de determinação judicial e no flagrante delito poderia haver a entrada forçada no domicílio alheio, pelos agentes policiais, além do consentimento do morador. Igualmente, tais previsões sobrevieram para assegurar que o domicílio não fosse tratado como um lugar seguro para criminosos praticarem delitos sem qualquer repressão.

Entretanto, ainda que haja as exceções previstas constitucionalmente e ressaltadas posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, assim como a casa não pode

ser abrigo para prática de delitos, também não se pode ignorar o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar. Nesse sentido, ainda que o tráfico de entorpecentes tenha caráter permanente, devem ser observados e determinadas normas a serem seguidas pelos agentes estatais, sob pena de violação de direitos fundamentais.

Assim, em que pese o STF alegue já haver decisões anteriores ditando como devem ser realizadas as práticas policiais, percebe-se que estas se revelaram inócuas, porquanto os abusos de autoridade não apenas continuaram, mas alastraram-se, no que diz respeito ao delito de tráfico de drogas. Daí surgiu a necessidade do Superior Tribunal de Justiça não só determinar requisitos para diminuir os casos de abuso de autoridade e reprimir a violação de direitos garantidos constitucionalmente, como também aplicá-los, diante da omissão do Supremo em relação aos abusos praticados no crime de tráfico de drogas.

Notório é que o crime de tráfico de drogas é cometido, na maioria das vezes, às escuras e dentro da residência de traficantes. Entretanto, a repressão a este delito não pode ser maior que as garantias individuais de cada um, devendo-se estabelecer normas também para o Estado e seus agentes cumprirem, respeitando-se a linha tênue entre o combate à criminalidade e a violação de direitos fundamentais.

Portanto, pode-se concluir com a presente pesquisa que, em que pese a controvérsia entre as Cortes, deverão ser pacificadas normas para diminuir os abusos de autoridade e violação de direitos individuais em relação ao crime de tráfico de entorpecentes e o ingresso na residência alheia e, diante disso, o Supremo deverá se manifestar no sentido de declarar inconstitucional a alegação de consentimento pelos policiais, não se aplicando a eles, porquanto inviável a concessão deste sem qualquer coação. No mais, deverão ser explicadas minuciosamente as fundadas razões e apresentadas denúncias anônimas, se for o caso, devidamente apresentadas posteriormente, com comprovação documental.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.

_____. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 mai. 2022.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido,

atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.869/2019 - Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 707739**, Min. Ribeiro Dantas. Distrito Federal/DF, 06 set. 2022a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 746036**, Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal/DF, 02 ago. 2022b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 755108**, Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal/DF, 13 set. 2022c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 747376**, Min. Ribeiro Dantas. Distrito Federal/DF, 13 set. 2022d. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 1842493**, Min. Laurita Vaz. Distrito Federal/DF, 23 out. 2022e. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 669516**, Min. Laurita Vaz, Distrito Federal/DF, 13 set. 2022f. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 598051**, Min. Rogerio Schietti Cruz. Distrito Federal/DF, 02 mar. 2021a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 734326**, Min. Ribeiro Dantas. Distrito Federal/DF, 20 set. 2022g. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 711**. A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência. DF: Supremo Tribunal Federal, [2013]. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 280**. Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2010]. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 86926**, Min. Cordeiro Guerra. Distrito Federal/DF, 21 out. 1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.342.077**, Min. Alexandre de Moraes. Distrito Federal/DF, 02 dez. 2021b. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.368.160**, Min. Pres. Luiz Fux. Distrito Federal/DF, 11 mar. 2022h. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 01 set. 2022.

DUARTE, Evandro Piza; MEDEIROS, Felipe Rocha de; SIQUEIRA, Flaviane Montalvão. As hipóteses de busca e apreensão sem mandado nos casos de tráfico de drogas (crimes permanentes): o sistema constitucional americano de garantias contra as buscas não razoáveis e o recurso extraordinário (RE) 603616 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 13, n. 04, p. 2027-2054, dez. 2020. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/45175. Acesso em: 14 ago. 2022.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.; _____.; **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. São Paulo: Gen, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CRIME 70058172628**, Des. Rel. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre/RS, 15 de maio de 2014. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE N° 70085568871**, Des. Rel. Viviane de Faria Miranda. Porto Alegre/RS, 06 de maio de 2022. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **In dubio pro hell 3: Fascismo e poder punitivo**. 4. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APELAÇÃO CRIMINAL 1501837-08.2019.8.26.0533**, Des. Rel. Vico Manhães. São Paulo/SP, 08 de março de 2022. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 20 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais: Comentários ao artigo 5° da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Paraná: Thoth, 2022.

_____.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____.; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 14(14.2), 544–562, 2013. Disponível em: www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/470. Acesso em: 16 ago. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2017.