



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – UNICEPLAC

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas

MARIA TERESA DIAS LIRA

A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas

Artigo apresentado como requisito para conclusão do Curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Esp. Bruce Flávio de Jesus Gomes

MARIA TERESA DIAS LIRA

**A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes
relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas**

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do Curso de Direito do Centro
Universitário do Planalto Central Aparecido
dos Santos – Uniceplac.

GAMA – DF, 23 de julho de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Esp. Bruce Flávio de Jesus Gomes
Orientador

Prof. Me. Sérgio Murilo Miranda Coelho
Examinador

Prof. Dr. Fernando M. Furlan
Examinador

A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas

Maria Teresa Dias Lira¹

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de analisar de forma crítica e interpretativa os casos de mitigação do princípio da inviolabilidade de domicílio, primordialmente no caso do ingresso forçado sem mandado judicial nos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Para isso, são analisados alguns princípios norteadores do processo penal brasileiro relativos à compreensão do tema, a partir de uma exposição doutrinária. Em seguida, o estudo trata do sistema penal à luz da lei de drogas, explanando a importância da defesa das garantias constitucionais para a formação de um Direito Penal capaz de proteger o indivíduo dos excessos arbitrários do Estado que ferem o devido processo legal e que causam insegurança jurídica pela fragilização da inviolabilidade do domicílio. Por fim, são verificadas as decisões dos tribunais de justiça em face da última tese abordada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: inviolabilidade do domicílio; tráfico de drogas; flagrante delito; devido processo legal; arbitrariedade.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the critical form and interpret the cases of mitigation of the principle of inviolability of the home, especially in the case of forced entry without a court order in crimes related to drug trafficking. For that, some guiding principles of the Brazilian criminal process related to the understanding of the theme are analyzed, from a doctrinal exposition. Then, the study deals with the penal system in the light of the drug law, explaining the importance of defending constitutional guarantees for the formation of a Criminal Law capable of protecting the individual from the arbitrary excesses of the State that hurt or the legal and causal processes insecurity due to the fragility due to inviolability of the home. Finally, they are verified as decisions of the courts of justice in view of the last thesis addressed by the Supreme Federal Court.

Keywords: inviolability of the home; drug trafficking; flagrante delicto; due legal process; arbitrariness.

¹ Graduanda do Curso de Direito, do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac. E-mail: maria.mtdl@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil encontra-se em um momento político e social conflitante em relação às evoluções das garantias constitucionais no Direito Penal. Se, por um lado, este caminhava para uma reforma e aprimoramento que ensejassem uma abordagem mais abrangente e contemporânea das garantias e direitos individuais previstos na Carta Magna de 1988 e consoante com o Estado Democrático de Direito, por outro lado, a sociedade e a política nacional se deparavam com uma crise institucional capaz de gerar um populismo tendente a impregnar a evolução social do Direito Penal de forma punitivista a partir da demanda social por medidas emergenciais em relação a criminalidade. Dessa forma, é cada vez mais presente a pressão para que o Judiciário atenda os anseios de mitigar princípios fundamentais e norteadores em busca de um sentimento guiado pela finalidade retributivista da pena.

Esse cenário é ainda mais evidente nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, o crime que mais encarcera brasileiros e no qual o Brasil aparece como um importante corredor do tráfico internacional. Nas comunidades mais pobres, a falta de educação e de perspectivas fortalece o tráfico como uma forma de mobilidade social. Assim, os mais afetados são os mais vulneráveis na cadeia logística do tráfico, que são em sua maioria jovens que atuam na destinação final da droga, e não os grandes traficantes que alimentam a corrupção e a violência. Enquanto esse grande traficante é beneficiado pela corrupção policial, em contrapartida o jovem pobre e periférico sofre os danos do abuso policial e do encarceramento em massa.

Nesse sentido, esse fenômeno ocorre comumente nos casos em que os agentes públicos adentram forçosamente o domicílio de indivíduos sem justa causa e sem mandado de busca e apreensão, baseados apenas em elementos frágeis como fugas ou denúncias anônimas, que não representariam sequer indícios probatórios para a instauração de um inquérito.

Por outro lado, não se trata de defender o cometimento de crimes ou burocratizar investigações policiais, mas primordialmente de analisar e defender o devido processo penal e principalmente as garantias constitucionais para proteção da parcela mais vulnerável da sociedade.

O objetivo se trata então de buscar proporcionalidade entre os institutos constitucionais e procedimentais, visando a imprescindibilidade de se ponderar a necessidade, adequação e proporcionalidade da busca e apreensão nos crimes de tráfico de drogas, visto que o que causa a impunidade não é a garantia individual, mas a ilicitude e omissão nas ações por parte do Estado.

2 DOS PRINCÍPIOS

O sistema criminal é composto pela junção do Direito Penal e do Processo Penal, possibilitando a aplicação da lei penal ao caso concreto assegurando as garantias processuais indispensáveis. Dessa forma, os princípios do sistema criminal devem ser vislumbrados em conjunto e em regência dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Guilherme de Souza (2017, p. 24) conceitua princípio como uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo com a finalidade de proporcionar alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo. Existem princípios expressamente previstos em lei ou implícitos e, ainda, os enumerados na Constituição Federal.

Não obstante a importância fundamental de todos os princípios que norteiam o sistema criminal, o princípio da inviolabilidade de domicílio e da dignidade da pessoa humana são primordiais para a compreensão do tema.

2.1 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece como fundamento basilar da República, devendo haver a maior e mais ampla proteção desse direito na aplicação e interpretação das normas.

Para Alexandre, a dignidade da pessoa humana é inerente à pessoa e constitui-se como o mínimo invulnerável que qualquer estatuto jurídico deve assegurar, sendo suas limitações estritamente excepcionais:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2018, p. 52)

Assim, nenhum princípio ou instituto jurídico pode estar em dissonância com a dignidade da pessoa humana, visto que se trata de um valor espiritual e moral inerente à pessoa

que constitui um mínimo invulnerável. Por isso, é necessário cuidado e respeito a esse valor quando se trata de mitigar direitos fundamentais, devendo sempre esse cenário se tratar de uma excepcionalidade e nunca de uma regra.

Nesse sentido, a inviolabilidade do domicílio está intimamente amparada por esse princípio, bem como de outros direitos fundamentais ligados à esfera privada, por exemplo, os direitos fundamentais da intimidade e da vida privada.

2.2 Inviolabilidade do domicílio

O princípio individual da inviolabilidade do domicílio se encontra insculpido no inciso XI do art. 5^o da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual aduz que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

No cenário nacional, a Carta Imperial de 1824 já previa a proteção do domicílio na esfera dos direitos civis e políticos dos brasileiros e, a partir daí a proteção apareceu mesmo que de forma genérica em todas as constituições brasileiras posteriores, que evoluiu significativamente até a Carta Magna de 1988.

O princípio vincula-se diretamente com a proteção da vida privada e garantia do livre desenvolvimento da personalidade. Dessa forma, a proteção constitucional do domicílio nada mais é do que a proteção da sua dignidade, isto é, a proteção ao domicílio não diz respeito a posse ou propriedade, mas a garantia de um espaço livre para o desenvolvimento da personalidade, da vida privada e do sossego. Assim como no cenário internacional, em um Estado Democrático de Direito, compreende-se a expressão “casa” ou “domicílio” em sentido amplo, ou seja, é o espaço delimitado e ocupado com exclusividade para residência ou fins profissionais, desde um barraco até mesmo um quarto de hotel, visto que a proteção abarca o direito à vida privada e não se relaciona com o tipo de moradia ou ao local.

O STF³, bem como a doutrina brasileira predominante, também adota esse conceito amplo de casa incluindo habitações coletivas e qualquer local privado onde é exercido atividades profissionais ou pessoais, de maneira exclusiva, habitual ou não.

² Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

³ RE 251.445-4/GO, j. 21.06.2000, rel. Min. Celso de Mello

2.3 Direitos Humanos e Tratados Internacionais

No contexto do direito internacional dos direitos humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em maio de 1948⁴, foi a primeira a prever a inviolabilidade do domicílio. Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵, a proteção foi reconhecida em conjunto com outros direitos pessoais ligados a vida privada e familiar, assim como na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁶, a conhecida Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Logo mais, previsto no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos⁷ ratificado pelo Brasil (Dec. 592, de 06/07/1992) e também com a ratificação pelo Brasil (Dec. 678, de 06/11/1992) de uma das mais importantes proteções do instituto foi a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José⁸. Por último, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹ (2000) também reconhece o direito à proteção do domicílio.

No ordenamento pátrio, em consonância com o texto constitucional, encontram-se como proteção ao domicílio o Pacto São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

2.4 Previsões constitucionais

Para Gilmar (RE 603.616, 2016), as declarações de direito estrangeiras em vigor podem ser separadas, grosseiramente, em três grupo. O primeiro deixa à cargo da lei de limitar o ingresso forçado, apenas contraria as buscas arbitrárias, são elas: a Constituição dos Estados

⁴ Artigo IX. Toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio.

⁵ Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

⁶ Artigo 8º: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

⁷ Artigo 17: 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

⁸ Artigo 11: 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

⁹ Artigo 7º: Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Unidos, da Itália, da China e da Argentina, assim como o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem seguem o mesmo raciocínio.

Já o segundo grupo define a categoria sem exceções, como é o caso da Constituição uruguaia. E, no terceiro, prevê a expedição de mandado de busca e apreensão com exceções sem autorização judicial, participam desse grupo a Alemanha, Portugal, Espanha, Japão, Paraguai e Angola. Enquanto isso, as Constituições de 1824¹⁰, 1891¹¹ e 1934¹² previam o asilo como inviolável, excetuando-se nos casos e na forma da lei, assim como a de 1937¹³ até 1942, quando o Decreto 10.358, de 31.8.1942 suspendeu a previsão. A Constituição de 1946¹⁴ voltou a prever o instituto de inviolabilidade de domicílio, aparecendo ainda nas constituições de 1967¹⁵ e na Emenda Constitucional de 1969¹⁶, chegando finalmente à Constituição de 1988.

A Constituição (BRASIL, 1988) atual prevê como casos estritamente excepcionais a mitigação do princípio nos casos de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou, durante o dia, mediante ordem judicial. Nesse sentido, propõe-se uma análise primordial sobre os casos de flagrante delito, que será mais elaborado no próximo capítulo.

¹⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

¹¹ Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 11. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei.

¹² Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

¹³ Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

¹⁴ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

¹⁵ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

¹⁶ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

2.5 Limites ao poder punitivo estatal

Para Aury Lopes (2012, p. 60) o discurso de que, em matéria penal, os direitos individuais devem ceder ao interesse público está superado e, na verdade, todos os interesses em jogo, principalmente os do réu, superam a esfera do privado e se encontram na dimensão de direitos e garantias fundamentais, se tornando públicos. Assim, a democracia valoriza o indivíduo frente ao Estado, corroborando assim com uma democratização do processo penal e fortalecendo o sujeito passivo do processo penal, visto que o princípio que impera no processo penal é o da proteção dos inocentes, corolário lógico da presunção constitucional de inocência previsto no art. 5º, LVII, da CF, em virtude de que no processo penal o mais vulnerável é o acusado que sofre a violência institucionalizada do processo em frente ao poder de acusar do Estado.

Essa é uma premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor primevo do processo penal. Entendemos que sociedade – base do discurso de prevalência do “público” – deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, onde os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 60)

Aury aduz ainda que a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam ser legitimados, em contrapartida, o poder de punir referente a intervenção estatal que necessita ser legitimado e justificado. Quando não houver a justificação da intervenção *a priori* lícita nos termos constitucionais, o direito estará violado cabendo a nulidade ou a anulação do ato.

Dessa forma, um devido processo penal contemporâneo deve-se guiar pelas garantias constitucionais muito além da esfera do público e privado, mas, tratando os direitos fundamentais como de natureza pública da limitação da intervenção estatal.

Intervenções administrativas e judiciais embasadas em dispositivos que passaram no critério da proporcionalidade somente serão justificadas se o uso da margem de ação ou conformação, que elas necessariamente têm de deixar à autoridade para que ela cumpra seu papel, também for proporcional. Isso estará apenas presente se o exercício de seus respectivos poderes discricionários não ocorrer de maneira aleatória, mas representarem um meio adequado e necessário (intervenção mínima) ao alcance de um propósito lícito constitucionalmente. (MENDES, 2018, p. 604)

Noutro giro, para Gilmar (2018, p. 594) o instituto deve ser entendido como a vedação e defesa de uma intervenção administrativa, legislativa ou judicial não justificada, configurando *ultima ratio* do agente público, devendo ainda assim haver fundamento legal e constitucional, bem como proporcionalidade, para a ordem judicial.

3 DA LEI DE DROGAS E DO SISTEMA PENAL

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad e criou diretrizes para a política de drogas no Brasil. O trabalho busca identificar e analisar a mitigação de princípios fundamentais no ingresso forçado de agentes públicos em domicílios sem mandado judicial nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas, visto que é a tipificação que mais gera encarceramento no Brasil e, por isso, merece destaque no presente estudo.

3.1 Lei de Drogas

Com a promulgação da Lei de Drogas em 2006, criou-se a diferenciação do usuário e do traficante. O tipo previsto para o usuário, ou seja, para consumo pessoal, se trata de um delito de menor potencial ofensivo com a previsão de penas alternativas da prisão, como a prestação de serviços à comunidade, medidas educativas e advertência.

Em relação ao crime de tráfico, aplicado àqueles que realizam mercancia de substância entorpecente não autorizada pelo órgão regulador, este é altamente repreendido e prevê a pena de prisão que passou a considerar a pena mínima de três para cinco anos e máxima de quinze anos.

3.2 Superencarceramento

A contrário *sensu* do que se imaginava com a criação da Lei e das inovações trazidas pela mudança legislativa, o tráfico de drogas aumentou e evidenciou o superencarceramento. Segundo o relatório do Infopen, os crimes relacionados ao tráfico de drogas são a maior incidência que leva pessoas às prisões.

Em 2005 o índice de apenados por crimes relacionados ao tráfico era de 14%, já o número de presos por incidência na Lei de Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06) do período de janeiro a junho de 2019 foi de 30.4416, correspondendo a 39,42% das categorias,

representando o maior número por tipificação, o que evidencia o fenômeno do superencarceramento em relação a outros crimes e a consequente necessidade de evolução na política estatal contra as drogas.

3.3 Critérios subjetivos e a desigualdade social

Um dos motivos discutidos a respeito desse aumento é a falta de critérios objetivos da lei para a distinção entre usuário e traficante. Para a distinção entre a droga que se destina ao consumo pessoal e a droga que se destina ao tráfico, o art. 28, § 2º¹⁷ fixa critérios subjetivos, definindo que o juiz atenderá à natureza e à quantidade de substância apreendida, bem como ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, assim como à conduta e aos antecedentes do agente.

Dessa forma quem distingue primariamente quem será tratado como traficante ou quem será tratado como usuário é o policial, o que favorece que sejam considerados aspectos evitados de preconceitos e que sejam processados como traficantes, em sua maioria, usuários jovens, negros, pobres e favelados. Nesse sentido:

Indubitavelmente que tais questionamentos ao serem realizados visam colocar em xeque perspectivas belicistas que tem sedimentado o discurso de guerra às drogas, preconizado ao longo das últimas décadas por pretensas sentinelas da moral e da ordem. Em outra direção, os indicadores acima apresentados, concernentes à concentração de renda e desigualdade social, em somatório a precários investimentos em políticas públicas, tem se mostrado diretamente relacionado ao quadro de violência urbana e de gênero, ao genocídio racial e juvenil, bem como ao considerado aumento de sujeitos que apresentam problemas em relação ao uso abusivo de álcool e outras drogas, além do tráfico existente, especialmente, em territórios pobres e invisibilizados em matéria de direitos humanos, porém visíveis no aspecto da coerção e opressão estatal. (VECCHIA, 2017, p. 58)

Assim, o cenário atual de política contra as drogas favorece e transparece as desigualdades do sistema judicial e carcerário brasileiro, bem como a vulnerabilidade das populações marginalizadas da sociedade, o que demonstra cada vez mais as falhas do Direito Penal e a fragilidade das garantias constitucionais para certos indivíduos.

O que comumente ocorre, no entanto, é um esvaziamento do próprio atuar penal, pois que o preconceito em si, embora presente, na prática não pode ser medido, senão por meio de um comportamento concreto, e, nesse caso, já se teria a discriminação – ou o racismo, se presente o aspecto ideológico. Desse

¹⁷ Art. 28 § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

modo, consolida-se a sensação de impunidade, pois que a lei, embora existente, “não consegue ser cumprida”.

Por outro lado, a mesma imprecisão legal permite que violações que atentem concretamente contra os direitos fundamentais e contra a dignidade da pessoa humana não sejam adequadamente valoradas, com base em um correto enquadramento. Assim, da mesma forma, fortalecem-se o sentimento de impunidade e as ideias de que “a lei tem destinatário certo” e de que “todos são iguais perante a lei, mas alguns são mais iguais que outros”. (GAUER, 2010, p. 35)

Nesse mesmo sentido, foi o discurso de despedida de Luís Roberto Barroso como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que salientou a falha do sistema em atingir os mais humildes e em garantir os seus direitos básicos, inclusive, o da inviolabilidade de domicílio:

(...) Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação, mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear”. (BARROSO, 2005)

Dessa forma, quem mais sofre os reflexos do fracasso da política de drogas é a população mais vulnerável e que mais necessita do amparo do Estado, enquanto os financiadores e traficantes que controlam a cadeia produtiva e lucrativa são os menos afetados por esse aspecto da coerção e opressão estatal.

3.4 Invasão domiciliar pelo agente público

O Código Penal (BRASIL, 1940) protege o domicílio ao criminalizar a violação de domicílio na segunda seção do capítulo dos crimes contra a liberdade individual, no art. 150¹⁸.

¹⁸ Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 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.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

Além disso, poderá incorrer também no tipo especificado da nova Lei (Lei de Abuso de Autoridade Nº 13.869, de 5 de setembro de 2019., 2019)¹⁹.

Segundo o atual entendimento do STF, se o agente público invade a residência a partir de fundadas razões, ainda que o flagrante não se confirme, não será responsabilizado penalmente em razão do estrito cumprimento do dever legal putativo. Em contrapartida, se o agente invade a residência de forma injustificada, mesmo que identificada posterior situação de flagrante, o agente poderá ser responsabilizado penalmente, configurando crime de abuso de autoridade e de invasão domiciliar.

O bem jurídico protegido pelo princípio se traduz pela liberdade individual ou *status libertatis* (BITENCOURT, 2018), visto que a intimidade e a privacidade são aspectos da liberdade individual, por isso, se faz necessária identificar as eventuais arbitrariedades dos agentes públicos.

3.4.1 Fortalecimento de provas ilícitas e árvore dos frutos envenenados

Uma vez que a atuação policial se encontre em dissonância da previsão constitucional e infraconstitucional, se amparando pelo imaginário do agente público, mesmo que se confirme posteriormente o cometimento do delito, o agente estará cometendo uma atuação abusiva e inconstitucional por violação do domicílio do agente.

Nesse sentido, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Crime n. 70053999611, reconheceu a ilicitude da invasão e concluiu que a apreensão de drogas feita no curso de busca domiciliar não autorizada constitui prova material ilícita, conforme ementa a seguir transcrita.

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

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

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

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

¹⁹ Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

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

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

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

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

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO, DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. Apreensão de drogas feita no curso de busca domiciliar não autorizada constitui **prova material ilícita, a impedir condenação**. Ilicitude da invasão reconhecida conforme precedentes da Terceira Câmara Criminal, com a conseqüente absolvição do acusado. (...) RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime n. 70053999611, Terceira Câmara Criminal, TJRS, Rel. João Batista Marques Tovo, j. 26/03/2015). (grifou-se)

Dessa forma, além do cometimento do crime de violação de domicílio previsto no art. 150 do Código Penal (BRASIL, 1940) pelo agente público, a materialidade probatória ainda estará contaminada pela árvore dos frutos envenenados, devendo a prova ser desentranhada do processo, bem como todos os atos derivados serão nulos. Do contrário, haveria a fomentação de produção de provas ilícitas, flagrantes forjados e graves arbitrariedades por parte dos agentes estatais.

3.5 Consumação

O crime de tráfico de drogas é classificado como crime instantâneo nas condutas de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, prescrever, ministrar e entrar a consumo, isto é, a consumação é dada sem continuidade no tempo. Em contrapartida, o crime é permanente nas condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, visto que se entende o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência²⁰.

Nos casos em que a conduta se trata de crime permanente é importante frisar que será possível a prisão em flagrante e, ainda, será dispensável o mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do agente. Mas, para que o ingresso seja legítimo, é necessário que haja um lastro probatório mínimo da existência de crime no interior do domicílio. Sem essa *probable causa* ou causa provável, a diligência se mostrará ilegítima, independente do resultado, isto é, mesmo que haja a existência de um delito no domicílio, a invasão domiciliar é ilegítima, caso não houvesse a necessidade da causa provável, os agentes se sentiriam estimulados a cometer flagrantes forjados.

O crime de tráfico de drogas pode ser caracterizado tanto como crime permanente quanto crime instantâneo, dependendo do núcleo do tipo. No caso dos crimes de natureza

²⁰ Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

permanente o STJ decidiu que se tratando de crimes permanentes, o mandado de busca e apreensão é prescindível, não se falando em ilegalidades relativas ao cumprimento da medida.²¹ Conforme Flávio Martins (2019, p. 1048) explica, a polêmica surge nos casos relativos ao tráfico de drogas, nos crimes permanentes (como, por exemplo, guardar e manter), em que comumente autoridades policiais invadem a residência sem mandado judicial.

Dessa forma, o entendimento continuou o mesmo, apenas exigindo dos agentes públicos uma justificativa prévia que justifique a medida com elementos mínimos que caracterizem a sua necessidade.

3.6 Busca domiciliar

Para Aury Lopes (2018, p. 320) a sistemática do Código de Processo Penal pecou em misturar uma medida cautelar com meios de prova e com a designação de dois institutos diversos. Para o autor, a busca se trata de uma medida instrumental para a obtenção de provas. Por outro lado, a apreensão é uma medida cautelar probatória de garantia da prova, seria o ao fim enquanto a busca seria o ato meio. São assim institutos diversos tratados de forma unificada no CPP.

Outrossim, a busca pode ser domiciliar e pessoal, e comumente encontra-se em conflito com a inviolabilidade do domicílio, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a vida privada, e a incolumidade física e moral do indivíduo. Por isso, é sempre importante ponderar os interesses em jogo através do princípio da proporcionalidade para que não haja excesso de intervenção do poder público. É necessário se atentar à necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito em consonância com o caso concreto e a sua finalidade.

Outra questão polêmica em relação a busca e apreensão se trata da expressão “fundadas razões”²² por conta da sua subjetividade a abertura para a discricionariedade do agente público que podem dar espaço, deve existir a demonstração de uma prova da autoria e da materialidade (*fumus commissi delicti*) com lastro possível de admitir a mitigação violenta das garantias individuais. Essas razões devem ter a finalidade clara e definida.

3.7 Flagrante delito

²¹ STJ, HC 306.560/PR, rel. Min. Felix Fisher, j. 16-10-2014

²² Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, (...).

Nos casos de flagrante delito, a autoridade policial pode ingressar na casa sem mandado judicial. Para que isso ocorra de forma legítima, a doutrina e a jurisprudência atualmente entendem que deve ser exigido do agente público a comprovação de que ocorreu previamente o conhecimento da ocorrência do delito e que ocorreu a visibilidade do delito de forma prévia. Assim segue o atual entendimento jurisprudencial:

(...) 1. O ingresso de policiais em residências, mesmo diante de informações anônimas da prática de delitos, **é permitida apenas quando os policiais tenham, antes da entrada na casa, certeza da situação de flagrante. O juízo ex ante de certeza, no entanto, deve ser comprovado e analisado em cotejo com a legalidade.** (...) RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime n. 70057356313, Terceira Câmara Criminal, TJRS, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 05/06/2014). (grifou-se)

Destarte, uma vez que não houve a visibilidade do delito, não há como existir a situação de flagrância, mas sim do chamado “flagrante imaginado” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 325), o que caracterizaria uma grave violação do instituto da inviolabilidade do domicílio. Somente será possível comprovar a situação de flagrância com a efetiva visibilidade do delito de forma prévia.

4 A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO PERANTE O FLAGRANTE DELITO NOS CRIMES RELACIONADOS À PRÁTICA DO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Embora o entendimento atual do STF tenha se firmado no sentido de que é necessário preservar a garantia da inviolabilidade de domicílio, superando o entendimento anterior do STJ. Nas decisões do TJDFR é possível identificar a falta desse controle judicial posterior, validando o ingresso forçado mesmo sem fundamentadas razões passíveis de justificar a mitigação da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, coadunando dessa forma para eventuais arbitrariedades da segurança pública, violência policial e condenações fundamentadas por provas ilícitas. Nesse capítulo serão abordados as peculiaridades e divergências das decisões.

4.1 Controle *a priori* e *a posteriori*

Segundo Gilmar Mendes (2016, p. 21), o controle judicial serve para compatibilizar os direitos de liberdade com os interesses da segurança pública, podendo ser *a priori*, isto é, antes da medida que mitiga os direitos fundamentais, nesse caso a adoção da medida deve

ocorrer antes da expedição de uma ordem judicial, que será analisada por um juiz acerca da presença dos requisitos.

Pode também ser a *posteriori* que ocorre após a medida, em que permite aos agentes atuar imediatamente por meio de uma medida invasiva. Somente após a adoção da medida que será verificado se os agentes agiram de acordo com a legislação e se estavam presentes os pressupostos da medida.

O controle *a posteriori* prescinde a justa causa, é o que ocorre na prisão em flagrante, conforme o art. 5º, LXI (BRASIL, 1988), fundamentada pela urgência em cessar a prática do crime e na evidência de sua autoria. Nesse caso, é indispensável o controle da medida pela comunicação ao juiz que analisará a legalidade da prisão em flagrante, de acordo com o art. 5º, LXII (BRASIL, 1988). É comum que ocorra no caso de crimes permanentes, quando o agente está em situação de flagrante delito, o que dificulta a exigência do controle prévio.

A regra no caso da inviolabilidade de domicílio, é a realização do controle prévio com a expedição de mandado judicial de busca e apreensão, em que o juiz analisa a existência de justa causa, consoante o disposto no art. 240, § 1º, do CPP (BRASIL, 1941).

O problema ocorre quando a Constituição excepcionalmente dispensa o controle judicial prévio, mas que ao invés de ocorrer situações de flagrante baseados em elementos que forme a justa causa, são, na verdade, presumidos. Nesses casos, se a situação de flagrante se concretiza, o controle *a posteriori* é dispensado e não se exige das autoridades maiores explicações sobre os elementos que motivaram a adoção da medida invasiva. Nesse cenário, abrem-se portas para o cometimento de arbitrariedades pelos agentes.

4.2 Situação flagrancial ou mera intuição

É possível verificar a divergência entre as decisões proferidas pelo TJDFT e a atual evolução do entendimento do STF sobre o tema. Enquanto o STF consolidou a tese da necessidade de justa causa, decisões do TJDFT vão no sentido de considerar até mesmo denúncias anônimas como razão de adentrar no domicílio sem a necessidade de decisão judicial.

Nesse sentido, o TJDFT no caso exposto, entende-se que a concretização da situação flagrancial seguida de elementos frágeis, é suficiente para ensejar a condenação. Em sentido contrário, o STF entende que o controle *a posteriori* deve ser fortalecido e deve-se exigir dos

agentes a demonstração de que houve a justa causa. Veja-se, à guisa de exemplo, julgado do TJDFT nesse sentido²³.

In casu, existente, além da situação flagrancial, uma circunstância prévia a lastrear o ingresso dos policiais na residência do apelante - postura de fuga da polícia em região onde há intenso tráfico de drogas -, de modo que a apreensão dos objetos produto de crime é lícita, consoante os ditames do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. (Acórdão 1187253, 20180310108020APR, 2019)

Nesse contexto, foi indicado como circunstância prévia a postura de fuga da polícia em região onde há intenso tráfico de drogas, o que vai contra a tese firmada pelo STF ao estabelecer que o ingresso depende da existência de justa causa que sinalize a possibilidade da mitigação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, como preleciona o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Segundo esse entendimento, o contexto desacompanha elementos preliminares que legitimariam o ingresso dos policiais, maculando as provas obtidas pela ilicitude da ação.

A esse respeito, existem três entendimentos divergentes na doutrina e jurisprudência. A primeira²⁴, entende que o policial deve ter a certeza visual do flagrante que ocorre no interior da casa, sob a perspectiva da via pública, o chamado juízo de certeza.

A segunda²⁵, é a chamada justa causa provável, a qual não exige que o policial seja capaz de ter a certeza visual do flagrante, mas ter fundadas razões de que há o flagrante ocorrendo no domicílio, fundamentado por circunstâncias objetivas, isto é, trata-se de um juízo de probabilidade fundado por elementos externos.

²³ (...) 1. O princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio fica mitigado em algumas situações - flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial - elencadas pela própria Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XI.

2. Consoante jurisprudência sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a violação ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar se dá quando o ingresso na moradia de terceiro se mostra arbitrário, isto é, sem qualquer justificativa prévia ("justa causa").

3. In casu, existente, além da situação flagrancial, uma circunstância prévia a lastrear o ingresso dos policiais na residência do apelante - postura de fuga da polícia em região onde há intenso tráfico de drogas -, de modo que a apreensão dos objetos produto de crime é lícita, consoante os ditames do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

4. Inviável acolher o pleito de absolvição, pois o acervo probatório demonstra que o apelante tinha ciência da origem ilícita dos objetos apreendidos em sua posse, pois apresentou versões contraditórias nos autos, além de haver confessado a sua conduta na seara inquisitiva e ter agido, por ocasião dos fatos, de modo a acobertar conduta supostamente ilícita.

(...) (Acórdão 1187253, 20180310108020APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 18/7/2019, publicado no DJE: 22/7/2019. Pág.: 158/165)

²⁴ MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

²⁵ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável. In: HOFFMANN, Henrique. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

A terceira corrente, a qual o STJ se filiava, dispensava a certeza visual e as fundadas razões, legitimando o policial a adentrar o domicílio baseado em suspeitas de flagrante com base na mera intuição pessoal, trata-se de juízo de possibilidade a partir de elementos internos subjetivos.

O STF (RE 603.616) firmou o entendimento intermediário, fixando a tese em sede de repercussão geral:

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.

Isto é, prescinde a certeza quanto ao sucesso da medida por parte do policial que realiza a busca sem mandado judicial, mas as fundadas razões que justifiquem e indiquem que dentro do domicílio ocorre a situação de flagrante. Porém, se a entrada for injustificada, a identificação posterior de flagrante torna ilícita a ação.

4.3 Natureza permanente

Já em relação às decisões do TJDF, é possível identificar entendimento contrário, em que autoriza o flagrante durante qualquer momento enquanto não cessar a permanência da situação flagrancial. Além de se basear no depoimento dos policiais prestado em Juízo, por considerar fonte probatória idônea para a condenação do réu.²⁶

Conforme o entendimento do STF, a natureza permanente dos tipos, por si só, não afasta a ilicitude da medida excepcional que afasta a inviolabilidade de domicílio quando não embasada por fundadas razões. Isto é, mesmo com a natureza permanente da infração, a

²⁶ (...) 1. Em sendo o tipo penal posse ilegal de arma de fogo crime permanente, a consumação não cessa com a realização do comportamento ali previsto. Por sua vez, o Código de Processo Penal, em seu artigo 303, autoriza a prisão em flagrante durante qualquer momento em que ainda esteja sendo lesado o bem jurídico protegido na norma penal, já que "nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência". 2. O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal expressamente autoriza a entrada na residência, independentemente de autorização judicial, em caso de flagrante delito. Dessa forma, a apreensão de artefatos bélicos não se mostra ilegal quando resta comprovado que a violação do domicílio se deu diante de situação de flagrante delito, por tratar-se de posse irregular de arma de fogo de crime permanente cuja consumação se protraí no tempo. 3. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova." (HC 404.507/PE, Rel. Ministro Felix Fixcher, 5ª Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018). 4. Apelação conhecida e provida. Réu condenado. (Acórdão 1235884, 00008422020198070009, Relator: SEBASTIÃO COELHO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/3/2020, publicado no PJe: 17/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (Grifou-se)

inexistência de controle judicial prévio ou posterior à execução da medida, esvazia o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

4.4 Denúncia anônima

A jurisprudência anterior seguia o entendimento do STJ, que considerava a denúncia anônima um elemento idôneo para embasar procedimentos investigativos e eventuais prisões em flagrante, legitimando assim a mitigação da inviolabilidade de domicílio, mesmo que esse elemento não fosse idôneo para a instauração do inquérito policial. Neste sentido, seguiam os precedentes do STJ:

(...) 1. A denúncia anônima não é causa de nulidade da prisão em flagrante, interceptações telefônicas ou outros procedimentos policiais, se somada a outras diligências realizadas pela autoridade policial, com a finalidade de apurar delitos. Ademais, o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, de modo que qualquer conduta prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 autoriza o ingresso da polícia no local e a realização da prisão em flagrante, independentemente de ordem judicial.
 (...) (Acórdão n.1059185, 20170110087628APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: JAIR SOARES, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/11/2017, Publicado no DJE: 14/11/2017. Pág.: 205/224) (Grifou-se)

Em alguns casos as decisões do TJDFT avaliam a denúncia anônima como justificativa para o ingresso dos agentes, seguindo o entendimento ultrapassado do STJ e contrariando o entendimento da Corte Suprema²⁷:

²⁷ (...) Comprovada nos autos a materialidade delitativa e a responsabilidade penal do denunciado pelo crime de tráfico de drogas, sua condenação é medida que se impõe.

O tráfico de drogas é delito de ação múltipla (ou de conteúdo variado), sendo que o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, tipifica 18 (dezoito) condutas que, praticadas conjunta ou isoladamente, configuram o crime de tráfico de entorpecentes

O crime de tráfico de drogas pode ser "instantâneo" (a consumação se dá em momento determinado) ou "permanente" (a consumação se perpetua no tempo), como ocorre nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar.

Verificado que o réu guardava e mantinha o entorpecente em depósito, como informado em denúncia anônima e confirmado pelos policiais, autorizada estava a prisão em flagrante, nos termos do art. 302, I, do CPP.

Não há que se falar em ofensa à inviolabilidade do domicílio, uma vez que, havendo flagrante delito, tal princípio fica mitigado, como autoriza o próprio art. 5º, XI, da CF.

Conforme entendimento majoritário, tanto nos Tribunais Superiores quanto nesta Corte, as declarações de agente policial, como todos os demais atos praticados no exercício da função pública, têm presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos em geral.

No concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da menoridade, deve-se proceder à compensação entre ambas. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(Acórdão 882394, 20140110138944APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: CESAR LOYOLA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 16/7/2015, publicado no DJE: 22/7/2015. Pág.: 61) (Grifou-se)

Verificado que o réu guardava e mantinha o entorpecente em depósito, como informado em denúncia anônima e confirmado pelos policiais, autorizada estava a prisão em flagrante, nos termos do art. 302, I, do CPP.

Não há que se falar em ofensa à inviolabilidade do domicílio, uma vez que, havendo flagrante delito, tal princípio fica mitigado, como autoriza o próprio art. 5º, XI, da CF.

(Acórdão 882394, 20140110138944APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: CESAR LOYOLA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 16/7/2015, publicado no DJE: 22/7/2015. Pág.: 61)

Em contrapartida, é possível analisar poucos casos em que decisões vão de acordo com o entendimento da Suprema Corte e se impõem a absolvição do réu a partir do acolhimento da repercussão geral, identificando a falta de justa causa nas provas obtidas e delas decorrentes por conta da ilicitude da ação. Veja-se:

(...) Denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares de investigação, que indiquem, de fato, a ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais em domicílio indicado, faltando justa causa para a medida, e maculando as provas obtidas - e as dela decorrentes - pela ilicitude da ação. Precedentes STJ.

(Acórdão 1237968, 00033474220188070001, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 12/3/2020, publicado no PJe: 25/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)
(Grifou-se)

Assim, o STF entende que a denúncia anônima – ou *notitia criminis* apócrifa – somente indica a necessidade de diligências posteriores para confirmação dos fatos noticiados, mas não serve como embasamento para a fundamentação para a imediata mitigação da inviolabilidade de domicílio a partir do ingresso dos agentes na casa.

Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa. A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração. (MENDES, 2016, p. 23)

Dessa forma, é possível identificar inúmeros julgados em que o Tribunal decide contrariamente à tese firmada, violando a garantia constitucional e tornando comum as arbitrariedades de agentes policiais no DF.

4.5 Verdade policial como verdade jurídica

Nesse cenário ocorre também o fato da verdade policial como verdade jurídica que, principalmente pelo fato dos critérios da lei de drogas serem genéricos, deixa nas mãos dos policiais a tarefa de identificar a partir de critérios subjetivos quem será enquadrado como traficante ou usuário no primeiro momento (DE JESUS, 2020, p. 10).

Dessa forma, a polícia apresenta o papel de preencher a lacuna da lei no uso de seu poder discricionário, o que dificulta o combate a práticas como violência, flagrante forjado, tortura, ameaça, extorsão e outras práticas arbitrárias realizadas pelos policiais para conseguir informações não averiguadas. Quando tratam a verdade policial de maneira inquestionável, abre-se margem para o cometimento de ações policiais ilegais e violentas, ratificando a política de guerra ao crime e da guerra às drogas.

Assim, as decisões coadunam e transformam a excepcionalidade em regra, tornando possível que meras intuições sobre a possível traficância se tornem elementos capazes de ensejar a abrupta violação da garantia constitucional.

4.6 Violência policial

Além dos julgados, outro cenário que demonstra a fragilidade do princípio da inviolabilidade de domicílio são as notícias diárias de violência policial. Nos últimos dias as manchetes dos jornais²⁸ abordaram a notícia do caso em que o menino João Pedro Matos Pintos, de 14 anos, teria sido morto durante uma operação policial no dia 18 de maio. O presidente da Associação de Moradores do bairro informou que na casa foram encontradas marcas de mais de 70 tiros.

Essa notícia é mais uma entre milhares que demonstram a violência policial e relatam sequestros, estupros, furtos, agressões e homicídios praticados pela polícia durante as operações policiais nas comunidades pobres do Brasil, que ficam à mercê da omissão estatal e que demonstra a necessidade de regular as ações policiais nas comunidades e favelas brasileiras.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que é necessário preservar a garantia da inviolabilidade de domicílio prevista na Constituição Federal que se encontra conforme o Pacto de São José da Costa Rica e com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nos artigos citados anteriormente. No mesmo sentido seguiu o

²⁸ <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/casa-onde-menino-de-14-anos-foi-morto-tem-cerca-de-70-marcas-de-tiro.shtml>

entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁹, que considerou que a inviolabilidade de domicílio é o reflexo do direito à intimidade que preserva o seu espaço de intimidade contra as indiscriminadas e arbitrárias excepcionalidades do instituto constitucional.

Salienta-se a partir dos entendimentos que não se pode tolerar violações de direitos fundamentais no procedimento investigatório em nome do resultado, uma vez que essa situação legitimaria situações ilegais e violentas. Deve-se então respeitar as regras do jogo processual prezando sempre pela proteção dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da inviolabilidade de domicílio denota um dos princípios fundamentais para a garantia do Estado Democrático de Direito, se interligando ao princípio da vida privada e da dignidade da pessoa humana. Fora apresentada a evolução desse princípio no ordenamento pátrio, bem como no ordenamento internacional, por meio de tratados internacionais e no contexto dos direitos humanos. Diante o exposto, buscou-se identificar a necessidade da defesa desse direito como um dos aspectos importantes do direito à intimidade do indivíduo que garante a intimidade do seu grupo familiar em seu espaço de intimidade e que protege a sociedade das ingerências arbitrárias do Estado.

O limite estatal deve ser imposto para proteger principalmente a parcela mais vulnerável da sociedade, que é o alvo mais visado e prejudicado pela violência policial em um país com uma população carcerária tão significativa, mesmo quando o sistema atual adotado não demonstra eficácia.

Com esse cenário, o STF decidiu, por meio do Recurso Extraordinário 603.616/2016 por regular o ingresso dos policiais com a existência de fundadas razões - justa causa - que demonstrem a possibilidade da mitigação do direito fundamental abordado. Isto é, quando o contexto fático antes da invasão permitir a conclusão do cometimento de crime na residência, não sendo suficiente elementos como denúncias anônimas, fuga da polícia, entre outros elementos que demonstram fraqueza para a legitimação da medida que deve ser excepcional, mas que na prática se tornou a regra.

Isto posto, é necessário que somente a partir da justa causa, sejam feitas diligências para a apuração dos elementos, pois na falta destes, poderá acarretar na nulidade do

²⁹ TJGO, MS 154962-04.2013.8.09.0000, Seção Criminal, rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr., DJe 14.10.2013. p. 195.

procedimento e na criação de provas ilícitas vedadas no ordenamento jurídico. Por isso o limite ao poder punitivo estatal é tão necessário às garantias do cidadão quanto dos agentes públicos que podem ser responsabilizados futuramente pela falta de limites na sua atuação.

Além disso, o tema demonstra grande repercussão jurídica por se tratar de uma das garantias mais frágeis no cenário brasileiro. Tornou-se comum abordagens policiais que ferem as garantias da população mais carente e marginalizada do país, aumentando cada vez mais a população carcerária brasileira em busca de um sentimento de retributividade da pena a partir de um sistema que já se mostrou fracassado e ineficiente perante a chamada Guerra às Drogas.

Assim, a arbitrária mitigação do princípio da inviolabilidade de domicílio nos casos de tráfico de substância entorpecente afeta principalmente a parcela mais vulnerável e marginalizada da sociedade, uma vez que se relaciona diretamente com a desigualdade econômica. Nesse cenário, os territórios pobres são os com o maior índice de coerção e opressão estatal causados pela invisibilização em relação aos direitos humanos, o que demonstra a importância de se adequar os mecanismos e diretrizes dos direitos humanos nas questões relacionadas às drogas como forma de coibir possíveis abusos do Poder Público.

Destarte, a população pobre preenche cada vez mais as prisões brasileiras ocorrendo uma espécie de criminalização da pobreza, uma vez que são os mais sujeitos à intervenção estatal e às prisões ilegais a partir de provas ilícitas e diligências contrárias às garantias constitucionais. Surgindo então a necessidade do Poder Judiciário regular os limites das intervenções estatais. Afinal, um devido processo penal contemporâneo deve-se guiar pelas garantias constitucionais tratando os direitos fundamentais como de natureza pública na limitação da intervenção estatal a fim de dirimir as desigualdades sociais presentes no processo penal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Discurso de despedida como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana**. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 de abril. 2020.

_____. **Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 de abril. 2020.

_____. **Lei Nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Lei de Abuso de Autoridade. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 24 de abril. 2020.

DE JESUS, Maria Gorete Marques. **Verdade Policial Como Verdade Jurídica: Narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vols. 35, nº 102, 2020.

Drogas, Comissão Global de Política Sobre. **Avanços na Reforma de Políticas Sobre Drogas: Uma Nova Abordagem à Descriminalização.** 2016.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II.** Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 9ª. São Paulo: Saraiva. Vol. Único, 2012

_____. 2018. **Direito Processual Penal.** 2018.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** 2019.

MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª ed. Saraiva, 2018.

MENDES, Rel. Min. Gilmar. **RE 603.616.** Rondônia, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 18ª. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Individualização da Pena.** 6ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VECCHIA, Marcelo Dalla ... [et al.] organizadores. **Drogas e Direitos Humanos: Reflexões em Tempos de Guerra às Drogas.** Porto Alegre : Rede UNIDA, 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família. A minha mãe, que sempre foi o maior exemplo de força, bondade e justiça, e que permaneceu incondicionalmente do meu lado em todos os momentos. Ao meu pai que nunca mediu esforços quanto a minha educação e sempre me deu todo o suporte nos estudos.

Ao meu orientador, agradeço imensamente pela dedicação e atenção despendida, por ser um excelente profissional e por inesperadamente sempre me apoiar e me motivar nessa jornada, inclusive nos momentos em que mais precisei.

Ao professor José Carlos, que despertou o meu interesse pela área criminal e se dedicou profundamente em passar o seu conhecimento da área jurídica e principalmente pelas lições de vida. Fica a saudade e as lembranças dos momentos de carinho com a turma.

Aos meus colegas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher do Gama que me receberam de braços abertos, sempre foram atenciosos e extremamente pacientes. Com certeza nenhuma faculdade me proporcionaria todo o conhecimento que adquiri na prática forense.

A todos os professores, amigos, colegas e familiares que estiveram presentes durante essa jornada. Cada um foi importante e sem vocês essa jornada seria bem mais árdua.