



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BEATRIZ VILLANI CLEANTE

A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A LEI DE DROGAS

**Assis/SP
2021**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BEATRIZ VILLANI CLEANTE

A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A LEI DE DROGAS

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Beatriz Villani Cleante
Orientador(a): Me. Claudio José Palma Sanchez

**Assis/SP
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

C623i CLEANTE, Beatriz Villani
 A inviolabilidade do domicílio e a lei de drogas / Beatriz Villani
 Cleante. – Assis, 2021.

34p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Cláudio José Palma Sanchez

1.Inviolabilidade-pessoa 2.Drogas-lei

CDD 341.2721

A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A LEI DE DROGAS

BEATRIZ VILLANI CLEANTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Claudio José Palma Sanchez

Examinador:

Carlos Ricardo Fracasso

Assis/SP
2021

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho

Primeiramente a Deus, que tanto tem me abençoado em minha vida.

A meus pais, minha filha e minha irmã, os quais sempre me dão forças para perseverar na busca pelos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar sempre presente nos meus dias, em meus pensamentos, me fortalecendo, abençoando minha jornada e, com isso, por ter proporcionado que eu atingisse mais um objetivo. Ele é sempre muito bom comigo, um verdadeiro Pai, e não há como expressar tamanha gratidão com palavras.

Também agradeço imensamente a meus pais José Roberto e Giuseppina, que são pais maravilhosos, e sempre me deram o suporte além do necessário, me dando apoio durante a elaboração do presente trabalho, durante essa graduação e também por toda minha vida. Sempre foram exemplo de empenho e dedicação, o norte da minha vida, que me faz pensar nesse momento que eu não seria a pessoa que sou se não os tivesse em minha vida em todos os momentos.

Não posso deixar de me lembrar da Maria Fernanda, minha tão amada filha, que colore meus dias, invadindo-os com toda a sua alegria e amor. Sou grata pela forma com que ela me faz esquecer o cansaço ou qualquer problema, e me dá forças para sempre seguir em buscar do melhor. Maravilhosa da mamãe.

A minha irmã Natália, por sua amizade, carinho, paciência e compreensão. Sei que às vezes não é fácil me entender, mas se tem alguém que faz isso com propriedade, essa pessoa é ela, que além de irmã é minha melhor amiga.

Aos meus avós Geraldo e Elizabeth, minha nonna Rosália, que são por mim muito amados, mesmo que pelas ocupações do dia a dia eu não esteja presente o quanto gostaria.

Aos meus padrinhos José Cláudio e Gislene, que sempre foram grandes incentivadores em minha vida e os tenho como se fossem meus pais. Minha vida (pessoal e acadêmica) jamais seria a mesma sem a presença dessas duas pessoas tão especiais, que sempre me motivaram, encorajaram e deram suporte para que eu tivesse condições tanto de trabalhar como de estudar.

Ao meu orientador, o qual me auxiliou a todo momento, sanando minhas dúvidas e me motivando na elaboração e conclusão desse trabalho.

“Triunfam aqueles que sabem quando lutar e quando esperar”.

(Sun Tzu)

RESUMO

A inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental abordado em diversas legislações, em especial presente no artigo 5º, XI da Constituição Brasileira de 1988 e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. O presente trabalho possui o objetivo de analisar princípio da Inviolabilidade de Domicilio, bem como quanto à legalidade e possibilidade da busca domiciliar e seus aspectos jurídicos no caso dos crimes de drogas, principalmente nos casos do ingresso forçado, sem mandado judicial para a ação. Foram analisadas as legislações pertinentes, bem como a atual lei de Auso de Autoridade, e as decisões dos tribunais de justiça em face da última tese abordada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: inviolabilidade do domicílio; lei de drogas; abuso de autoridade.

ABSTRACT

The inviolability of the home is a fundamental right addressed in several legislations, especially present in article 5, XI of the Brazilian Constitution of 1988 and in International Human Rights Treaties to which Brazil is a signatory. This paper aims to analyze the principle of Inviolability of Home, as well as the legality and possibility of home search and its legal aspects in the case of drug crimes, especially in cases of forced entry, without a court order for action. The pertinent legislation was analyzed, as well as the current law on Use of Authority, and the decisions of the courts of justice in light of the latest thesis addressed by the Supreme Court.

Keywords: inviolability of the home; drug law; abuse of authority.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CF Constituição Federal

CPP Código de Processo Penal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	13
2. PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÃO QUANTO À INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E CRIMES DE DROGAS	16
2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	17
2.2. INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO	18
2.2.1. Conceito de Domicílio	19
2.2.2. Ingresso no domicílio – crime de Tráfico de Drogas	19
2.2.2.1. Flagrante Delito	20
2.2.3. Entrada “franqueada”	21
2.3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	22
2.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	22
2.5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	22
2.6. PRINCIPIO DA INADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	23
3. ABUSO DE AUTORIDADE E CRIMES DE DROGAS NO CENÁRIO JUDICIÁRIO ATUAL	23
3.1. DA LEI DE DROGAS	24
3.2. LIMITES AO PODER PUNITIVO ESTATAL	25
3.3. DA BUSCA E APREENSÃO	26
3.3.1. Requisitos Legais da Busca e Apreensão	27
3.3.2. Busca e Apreensão Domiciliar	28
3.3.2.1. Horário da Busca e Apreensão	28
3.3.3. Da Busca e Apreensão em Flagrante Delito	29

3.4. DAS PROVAS ILEGAIS	30
3.5. A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE	31
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o princípio da Inviolabilidade de Domicílio, bem como quanto à legalidade e possibilidade da busca domiciliar e seus aspectos jurídicos no caso dos crimes de drogas.

O tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, é um crime gravíssimo que assola e preocupa o país, tanto que recebe um tratamento mais severo por parte do legislador. Encontra-se elencando no rol dos crimes análogos a hediondos, os quais recebem punições e restrições maiores da lei.

O tráfico de drogas é um crime plurinuclear, em sua previsão legal há diversos verbos, sendo exigida a realização de apenas um para se enquadrar no crime e a prática de mais de um dos verbos ao mesmo tempo não constitui vários crimes, e sim um único. Algumas condutas previstas no artigo, tais como “expor à venda”, “transportar”, “guardar” ou “trazer consigo” são permanentes, dão a ideia de continuidade ou permanência delituosa.

A inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental abordado em diversas legislações, em especial presente no artigo 5º, XI da Constituição Brasileira de 1988, o qual versa que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário. A moradia é um direito fundamental dos indivíduos, direito esse intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

A busca domiciliar deve observar o princípio da Inviolabilidade Domiciliar e sua aplicabilidade precisa estar em consonância com a Constituição Federal e a lei Processual Penal. Contudo, na iminência da suspeita da prática de tráfico de drogas em determinada residência, por vezes as forças policiais adentram a casa, algumas vezes sem referido mandado judicial para tal ato. Em tais ocasiões, o ingresso no domicílio sem mandado judicial é baseado em justificativas como “denúncias anônimas”, “fundada suspeita” ou ainda “fuga” e “nervosismo” da pessoa a ser abordada, ou ainda no fato de que o Tráfico Ilícito de Drogas se enquadraria na natureza de crime permanente,

conforme artigo 301 do Código de Processo Penal, o qual versa “**Art. 301.** Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

A violência e a criminalidade tomaram grandes proporções, trazendo a sensação de insegurança. A preocupação do poder público e da população em geral é constante. A sociedade moderna exige e espera muito das polícias, e a atuação destas instituições está sempre sob os holofotes da mídia. O agente policial precisa contar com sensibilidade social e aptidões para a comunicação, além de ser capaz de trabalhar em equipe, assumir responsabilidades e lidar com incertezas, para assim trabalhar visando manter a ordem pública, dirimindo conflitos, prevenindo o crime, investigando, mantendo a paz ou regulando as relações sociais. Dado o Poder de Polícia do Estado, esse pode invadir e limitar certas garantias individuais, a fim de que o interesse público prevaleça sobre o interesse particular. A atuação de qualquer entidade estatal, inclusive das polícias, deve sempre observar os princípios constitucionais e defender os Direitos Humanos, os quais constam expressamente ou tacitamente no ordenamento jurídico.

Por tais motivos, as invasões de domicílios realizadas por agentes policiais principalmente nos crimes de tráfico de drogas é matéria bastante discutida nos tribunais. Na necessidade de tomada de decisão urgente, ante uma situação com a qual se depararam, os policiais podem submeter o indivíduo a situações que, sob a ótica de terceiros, seriam consideradas arbitrárias e até mesmo abusivas. Nos casos em que o agente de segurança pública de forma considerada ilegal, pode até mesmo ser processado por abuso de autoridade e invasão de domicílio. Além de que a ausência de justa causa que fundamente o ingresso forçado no domicílio do suspeito sem o seu consentimento tem como consequência a ilicitude das provas colhidas em razão da conduta ilícita cometida pelo agente policial.

Com isso, a fim de maior segurança jurídica, faz-se necessário saber os limites legais do ingresso forçado realizado por policiais, ou seja, qual o limite entre o cumprimento do dever legal e o abuso de autoridade nesses casos. Ainda, em atenção ao artigo 5º, LXV da Constituição Federal - o qual trata que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” - de que forma as forças policiais deveriam proceder a fim de que as prisões em flagrante efetuadas não sejam relaxadas devido à configuração da invasão de domicílio ou ainda devido à apreciação das provas obtidas na referida ação como ilícitas (“art. 157 caput do CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas

ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (...) ”)?

Esses são temas sensíveis à sociedade, pois envolvem questões de segurança pública e direitos humanos (liberdade e violação de domicílio), ou seja, o confronto entre a proteção da saúde pública contra traficantes que comercializam drogas e a prevenção de situações de abuso que podem ocorrer contra pessoas inocentes.

A fim de melhor analisar tais questões, o presente trabalho está organizado em três capítulos. Inicialmente, versou-se sobre Princípios e legislação quanto à inviolabilidade de domicílio e quanto aos crimes de drogas. A seguir, discorreu-se sobre o Abuso de Autoridade e crimes de drogas no cenário judiciário atual. Por fim, constam as Considerações finais e a conclusão.

Quanto à abordagem do tema pesquisado foi utilizada a pesquisa teórica, e o método utilizado foi o dedutivo. Para a realização do estudo, foram utilizadas as formas de pesquisa bibliográfica, sendo analisadas as legislações referentes aos temas abordados (Constituição, Código Penal, Código de Processo Penal, Nova Lei de Drogas, Lei de Abuso de Autoridade), bem como artigos, livros, súmulas e julgados atuais.

2. PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÃO QUANTO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E CRIMES DE DROGAS

A Constituição Federal de 1988 é a base para toda a construção democrática do Brasil, tendo como função fundamental e nortear todas as relações existentes entre os povos, trazendo expressos todos os direitos e garantias inerentes à pessoa humana, desde o nascimento até a morte. Preza pela equidade, garantido que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam.

O sistema jurídico criminal é composto pela junção do Direito Penal e do Processo Penal, o que possibilita a aplicação da lei penal ao caso concreto, assegurando as garantias processuais indispensáveis. Com isso, na esfera penal, os princípios devem ser vislumbrados em conjunto e em regência dos princípios base do Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Os princípios são diretrizes gerais do ordenamento jurídico, a base do sistema jurídico, o fundamento da norma. Servem para fundamentar e interpretar as demais normas, bem como estabelecer limites entre a atuação do Estado na sociedade e as garantias dos direitos humanos. Existem princípios expressamente previstos em lei ou implícitos e, ainda, os enumerados na Constituição Federal. A vigência, a elaboração, interpretações e aplicações das leis devem reger todos os princípios advindos da Constituição Federal de 1988, buscando manter um equilíbrio social. Conforme a Pirâmide de Kelsen, as normas constitucionais estão no topo do ordenamento jurídico, e todas as demais legislações infraconstitucionais estão submissas a ela, não podendo contrariar seus fundamentos ou destoar da sua ideia principal, sob pena de serem extirpadas do mesmo.

Dentre os princípios que norteiam o Direito Penal, o princípio da inviolabilidade de domicílio e da dignidade da pessoa humana são primordiais para a compreensão do tema ora explanado, e sua análise é de suma importância para a compreensão das reais garantias inerentes ao indivíduo.

2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está expresso na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (...) - sendo parte da base que sustenta todos os demais direitos e garantias conquistados por esta nação.”

Conforme disposto no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Esse princípio possui um caráter jurídico-normativo com plena eficácia constitucional e um valor fundamental para o Estado Democrático de Direito, sendo responsável por regular e orientar esse, condensando uma forte fundamentação jurídica em relação à limitação do poder ao Estado. Através deste, vários outros princípios estão ligados à esfera criminal, que orientam o legislador na definição das condutas delituosas. O princípio da dignidade humana, orienta toda a formação do Direito Penal, pois cabe ao operador do Direito verificar qualquer tipo penal ou adequação típica que possa afrontar ou contrariar a dignidade humana. A dignidade humana é primordial ao cidadão, é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, atraindo todos os demais valores constitucionais para si.

O referido princípio se revela no reconhecimento da própria existência do homem como sujeito de direitos, e reflete em cada direito fundamental, os quais de alguma forma traz

um conteúdo da dignidade da pessoa.

O princípio da dignidade humana, está muito atrelado à área dos Direitos Humanos, área essa tratada com preconceito por grande parcela da população, sendo vislumbrada unicamente como proteção de criminosos. Contudo, o conceito é muito mais amplo e, atualmente, os Direitos Humanos são vastamente estudados nos cursos de formação das carreiras policiais. A interação entre direitos humanos e segurança pública é um processo de constante evolução em direção de políticas públicas de efetiva repressão ao crime e de garantia à incolumidade da vida humana.

O Estado têm preparado o policial para que atue protegendo o direito à vida, ao patrimônio, à segurança, entre outros, considerando sempre a dignidade da pessoa humana, o que não é apenas um direito expresso na CF, mas também um atributo que todo ser humano tem independentemente de qualquer requisito ou condição. 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. Sendo assim, a inviolabilidade do domicílio está intimamente amparada por esse princípio, bem como os demais direitos fundamentais.

2.2. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

No contexto do direito internacional dos direitos humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi a primeira a prever a inviolabilidade do domicílio. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção ao domicílio foi reconhecida em conjunto com outros direitos pessoais ligados a vida privada e familiar, assim como na Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo ainda ratificada no Pacto de São José da Costa Rica.

A inviolabilidade de domicílio é um princípio expresso no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, o qual aduz que a casa é asilo inviolável do indivíduo e, assim ninguém pode nela ingressar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Trata-se de um direito fundamental do indivíduo, porém não é absoluto, pois o próprio inciso que prevê o direito já assevera algumas exceções, como no caso de

flagrante delito ou desastre.

O princípio vincula-se diretamente com a proteção da privacidade e garantia do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Assim, a proteção constitucional do domicílio é inerente mais à proteção da sua dignidade, do que a respeito de posse ou propriedade. É a proteção a um espaço livre para o desenvolvimento da personalidade, da vida privada e do sossego. Referido princípio abarca o direito à vida privada e não se relaciona com o tipo de moradia ou ao local.

2.2.1. Conceito de Domicilio

Em se tratando da Área Cível, domicílio da pessoa natural é local onde ela estabelece residência fixa para fins de moradia definitiva. Há também casos em que a lei civil determinará onde será o domicílio da pessoa, sendo que se distingue entre o tipo de pessoal (natural, Jurídica), de capacidade (capaz ou incapaz), de profissão (servido r público ou militar) ou da condição que a pessoa se encontra (por exemplo, preso).

Na esfera Criminal, o termo domicílio é entendido em sentido mais amplo do que na esfera Cível. O domicílio não precisa, necessariamente, ser imóvel, pode ser até ser bens móveis, como barracas, tendas, barraco ou quarto de hotel, desde que seja delimitado e ocupado com exclusividade para residência ou fins profissionais, ou seja, de uso exclusivo e que nelas os indivíduos preservem a sua intimidade, conforme o parágrafo 4º do artigo 150 do Código Penal.

Adota-se, ainda, na doutrina brasileira, 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. Art. 5º, XI – CF: 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.

2.2.2. Ingresso no domicílio – crime de Tráfico de Drogas

A inviolabilidade do domicílio é regra, contudo não é um direito absoluto, podendo ser afastado nos casos elencados no artigo 5º, inciso XI da CF, devendo se prezar pelo

equilíbrio das normas fundamentais. Nestes casos, devem ser observados os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Contudo, nada está expresso quanto à possibilidade ou impossibilidade do ingresso forçado em caso de tráfico de drogas. O STF fixou tese nesse sentido, com o entendimento de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

2.2.2.1. Flagrante Delito

A prisão em Flagrante é uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual. Trata-se de prisão que possui caráter administrativo, independe de ordem judicial. Qualquer do povo, as autoridades policiais e seus agentes deverão prender aquele que seja encontrado em flagrante delito, conforme expresso no artigo 301 do CPP.

Em se falando de uma ocorrência de flagrante, existem as seguintes possibilidades: o indivíduo naquele exato momento, está cometendo a infração penal; acaba de cometer determinado delito; é perseguido por qualquer pessoa ou pela autoridade policial em situação que aparenta ser o autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com coisas, objetos, armas que façam presumir que ele é o autor do crime.

Já a doutrina majoritária classifica o flagrante em três espécies: próprio, impróprio e presumido. O Flagrante próprio ocorre quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. O Flagrante é classificado como Impróprio quando a pessoa é perseguida, logo após o fato delituoso, por qualquer um do povo, por agente policial ou até mesmo pelo ofendido, em situação que se presume ser ele o autor da infração penal. Por fim, Flagrante Presumido seria aquele onde a pessoa é encontrada, logo depois, com armas, instrumentos que aparentam ser ele o autor da infração.

A Lei Processual Penal não fez distinção e para que o agente adentre em determinado

domicílio basta estar legitimado por qualquer uma das formas de flagrante.

O flagrante ocorre também nos casos de crime permanente, que ocorre quando o agente comete o delito ficando em permanente estado de flagrante, como ocorre nos crimes de sequestro, cárcere privado e tráfico de drogas. O STJ, recentemente, julgou válida a busca domiciliar efetuado após um caso de suposto flagrante permanente.

Havendo flagrante delito (art. 302 do CPP), pode a autoridade policial ingressar na casa e proceder à busca dos elementos probatórios necessários. Nos delitos permanentes (em que o momento consumativo se prolonga no tempo), o flagrante é igualmente permanente (art. 303 do CPP).

A questão a ser tratada e explanada pelo agente público é como sabia que no domicílio em questão havia algo de ilícito sem que antes tivesse adentrado ao local. Partindo disso, alguns setores da doutrina e jurisprudência passaram a exigir que a polícia comprove de que forma soube, previamente, da ocorrência do crime permanente e, principalmente, que a situação de flagrância corresponda – efetivamente – à visibilidade do delito.

A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a permitir o ingresso em seu domicílio, sem seu consentimento - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.

Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é nula a prova derivada de conduta ilícita.

2.2.3. Entrada “franqueada”

É comum se falar em “entrada franqueada pelo morador da residência” para a realização das buscas em domicílio. Contudo, as abordagens policiais que ocorrem para que sejam realizadas a busca pessoal e derivam em uma invasão de domicílio, não devem prosperar. Isso porquê o consentimento da pessoa que está em uma situação de flagrante delito, é tido como viciado, ou seja, a pessoa está se sentindo intimidada pelo

agente, não está em condições de expressar livremente sua vontade.

2.3. – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Versa que não existe crime sem uma lei que o defina, nem há pena sem prévio amparo legal, ou seja, para haver crime se faz necessário que antes exista uma lei que diga que aquela conduta é criminosa. Trata-se de uma verdadeira garantia constitucional. Através desse princípio, procura-se proteger os indivíduos contra os abusos ou arbítrios cometidos pelo Estado ou por outros particulares. Com isso, os indivíduos têm ampla liberdade para fazerem o que quiserem, desde que não seja algo proibido por lei.

2.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Conforme o princípio da Proporcionalidade, deve haver equilíbrio na relação entre crime e pena, bem como numa investigação policial e na garantia ao direito do investigado. A proporcionalidade deve estar presente tanto no plano abstrato quanto no plano concreto. Esse princípio visa equilibrar os direitos individuais e os anseios da sociedade.

2.5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Princípio basilar implícito da Constituição Federal de 1988, geralmente compõe princípio basilar em todo Estado Democrático de Direito. Conforme dispõe a Carta Magna, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, até que tenha sido condenado de forma definitiva. Ou seja, ninguém pode ser preso até que sejam esgotadas todas as possibilidades de recurso.

Trata-se de uma garantia processual penal e tem como objetivo afirmar que a pessoa natural é presumidamente inocente, devendo o Estado comprovar sua culpabilidade. Deriva deste princípio o princípio processual *in dubi pro reo*, onde se afirma que havendo

dúvida, a interpretação da lei penal deve ser a mais favorável ao réu.

O CPP é taxativo ao expressar que nenhuma pessoa poderá ser presa senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judicial competente para decretar a prisão, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, a decisão que não caiba mais recurso.

Em reação à busca domiciliar, deve-se observar o princípio da presunção de inocência. Questiona-se se a busca domiciliar genérica não violaria presunção de inocência, pois, uma vez realizada, entende-se que todas as pessoas objeto daquela busca são suspeitas.

2.6. PRINCÍPIO DA INADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

A princípio não há restrições aos meios de prova, salvo daqueles meios que repugnam a moralidade ou atentem contra a dignidade da pessoa humana, sendo elas inadmissíveis em decorrência das limitações impostas por princípios constitucionais e pelo direito material.

O artigo 5º. LVI da CF expressa que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Também no art. [157](#), caput, do [CPP](#), com a redação que lhe deu a Lei nº [11.690/08](#), reproduz a mesma vedação.

Esse princípio será abordado novamente no decorrer desta pesquisa.

3. ABUSO DE AUTORIDADE E CRIMES DE DROGAS NO CENÁRIO JUDICIÁRIO ATUAL

O delito de Tráfico de Drogas é a tipificação que atualmente mais gera encarceramentos no Brasil. Muitas vezes, na ânsia de flagrar o indivíduo na prática desse crime, o agente policial ode cometer atos que, se não forem praticados em conformidade com o exposto

em legislação, serão considerados abuso de autoridade. Outro aspecto muito relevante quanto à ação policial de forma pautada em lei é para que as provas arrecadadas não sejam consideradas ilícitas e, por fim, a prisão do infrator relaxada.

3.1. DA LEI DE DROGAS

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como “Lei de Drogas” instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, e criou diretrizes para a política de drogas no Brasil. Criou-se, ainda a diferenciação do usuário e do traficante, delitos previstos respectivamente nos artigos 28 e 33 da referida lei.

O artigo 28 é tido como um delito de menor potencial ofensivo, onde o usuário porta o entorpecente com a intenção única e exclusiva de consumo pessoal. São previstas penas diversas da prisão, como a prestação de serviços à comunidade, medidas educativas e advertência.

Por outro lado, o delito de Tráfico de Drogas, cujas condutas estão expressas no artigo 33, versa sobre a ação daquele que realiza mercancia de substância entorpecente não autorizada pelo órgão regulador, bem como pratica os demais verbos pertinentes ao artigo. Esse indivíduo é o intitulado traficante, e é altamente reprimido, sendo submetido à pena de prisão de cinco a quinze anos.

A alteração no tratamento dispensado aos delitos relacionados às drogas, ao contrário do esperado, aumentou e evidenciou o superencarceramento. Dados do Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro - Infopen - revelam que a maior incidência penal que leva as pessoas à prisão é o Tráfico de Drogas.

O tráfico de entorpecentes é classificado como crime instantâneo quanto à prática de alguns dos verbos elencados no artigo 33 da Lei 11.343/06, tais como importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, prescrever, ministrar e entrar a consumo. Ou seja, nesses casos, a consumação delitiva ocorre no momento em que foi praticado o ato, sem continuidade no tempo. Contudo, quanto às condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, é tido como crime permanente, pois encontra-se o infrator em flagrante delito enquanto não cessar sua permanência.

Quanto a essas últimas condutas, as classificadas como “crime permanente”, é possível a prisão em flagrante e o mandado de busca e apreensão é dispensável para o ingresso na residência do agente, observando-se que, para que o ingresso seja legítimo, é necessário que haja um lastro probatório mínimo da existência de crime no interior do domicílio. Na inexistência desse, a diligência se mostrará ilegítima, independente do resultado. Ou seja, mesmo que haja a existência de um delito no domicílio, a invasão domiciliar é ilegítima.

3.2. LIMITES AO PODER PUNITIVO ESTATAL

O Estado, como garantidor da ordem social justa, tem a prerrogativa de, para regulamentar a convivência entre as pessoas e as relações destas com o próprio Estado, regular a conduta dos cidadãos por meio de normas objetivas. A lei é o instrumento utilizado pelo Estado para manter a harmonia e o equilíbrio social, limitando a conduta humana, e sua violação, no campo penal gera a imposição de uma sanção penal. O Estado é a única entidade dotada de poder soberano de submeter à sua força aqueles que infringem às normas jurídico-penais, também denominado esse como poder-dever de punir.

Uma das finalidades do processo penal é limitar o poder de punir estatal, evitando o uso arbitrário da força e garantindo ao réu a disponibilidade dos mesmos instrumentos utilizados pela acusação, para que haja equilíbrio na relação essencialmente desigual que existe entre o Estado e o particular. Deve-se ser aplicada a legislação não apenas de forma técnica, mas também observando-se o fim social a que se destina. O poder de punir referente a intervenção estatal deve ser legitimado e justificado.

3.3. DA BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão estão no código de processo penal anexadas uma a outra, e geralmente são citadas como sendo a mesma coisa, uma só diligência. Contudo, vale ressaltar que não se confundem, se tratam de coisas distintas, embora sempre caminhem

juntas. São, assim, institutos diversos tratados de forma unificada no CPP.

A busca se trata de uma medida instrumental para a obtenção de provas, refere-se à diligência com o objetivo de encontrar pessoas ou objetos, com a finalidade de produção de provas ou como forma de cumprimento de uma ordem judicial. A busca é o meio para alcançar a finalidade, que é a apreensão.

A apreensão é uma medida cautelar probatória de garantia da prova que advém da busca, estando relacionada ao recolhimento de pessoas e objetos a fim de que sejam produzidas provas, ou como forma de cumprimento de uma ordem judicial ou na fase do inquérito policial.

Tanto a busca como a apreensão estão relacionadas a conflitos com princípios tais como o da intimidade, incolumidade física e moral do indivíduo, a inviolabilidade de domicílio, dignidade da pessoa humana e demais. Quando do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão, deve o agente público observar as normas, bem como o princípio da proporcionalidade, para que não haja excesso de intervenção do poder público e para que ocorra a preservação às garantias individuais e coletivas dos cidadãos.

Dentre as modalidades de busca e apreensão estão a domiciliar, a qual é efetuada na residência ou local de trabalho de determinado indivíduo, ou pessoal, sendo esta realizada no corpo, vestes ou objetos trazidos com o indivíduo.

O Código Penal brasileiro protege o domicílio ao criminalizar a violação de domicílio, conforme expresso no artigo 150 da referida legislação, no qual o bem jurídico que o legislador visou proteger foi a liberdade individual (intimidade e privacidade). Da mesma forma, poderá o agente público incorrer no tipo especificado da nova Lei de Abuso de Autoridade, sobre a qual será explanado mais à frente.

3.3.1. Requisitos Legais da Busca e Apreensão

A Busca e Apreensão é uma medida cautelar que está prevista tanto na Constituição Federal, como na legislação infraconstitucional (Arts. 240 a 250 do Código de Processo Penal). Referida medida pode ocorrer durante o inquérito policial ou durante o processo, e excepcionalmente até na fase de execução de pena, nos termos do artigo

145 da Lei de Execuções Penais. No artigo 240 § 1º do CPP estão elencadas as razões ou finalidades que autorizam o mandado de busca e apreensão.

“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 mandado de Busca e Apreensão deve ser determinado, não podendo ser genérico ou coletivo. Os elementos necessários ao Mandado de busca e o modo como este deve ser cumprido constam nos artigo 243 e 245 do CPP, respectivamente.

“Art. 243. O mandado de busca deverá:

- I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
- II - mencionar o motivo e os fins da diligência;
- III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.
(...)”

“Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.”

3.3.2. Busca e Apreensão Domiciliar

O Direito Processual entende a busca domiciliar como meio de prova, ou seja, está dentre o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz ou por terceiros destinados a formar a convicção judicial sobre fato relevante, subordinado ao princípio constitucional do contraditório.

A busca domiciliar poderá ocorrer somente se previstas em lei, e para isso deverá dispor do consentimento do morador, flagrante delito e com ordem judicial, sendo permitida “quando fundadas razões a autorizem”. Para a execução da busca domiciliar, inicialmente deve ser realizada a comunicação ao morador. Tal comunicação ocorrerá em momento oportuno, para que não haja contaminação na produção e colheitas das provas, neutralizando se possível a iniciativa do investigado, para não interferir no resultado útil da diligência.

Posterior à comunicação, será realizada a intimação do morador e, se houver resistência, pode ser utilizado o arrombamento de porta ou janela, que é a imposição da entrada forçada. Caso o morador não esteja presente, o vizinho do local deverá acompanhar o procedimento, não podendo se recusar a isso, sob pena de desobediência. Todo o ocorrido deverá ser registrado no Auto de Cumprimento de Busca e Apreensão.

3.3.2.1. Horário da Busca e Apreensão

Para que a busca e a apreensão domiciliar sejam executadas de forma legal, deverão ocorrer durante o dia ou no período da noite, nesta última situação apenas em casos de flagrante delito, mesmo sem a permissão do morador e sem mandado judicial. Nesta última hipótese, somente se procederá a diligência durante o dia.

A lei processual não faz distinção acerca do período compreendido como dia e noite, ficando tal definição a cargo da doutrina. Quanto ao assunto existem diversos entendimentos. Cita-se como primeiro entendimento aquele que, por interpretação analógica ao artigo 212 do CPC de 2015, classifica “dia” como o período compreendido entre as 6 horas e as 20 horas. Um segundo entendimento defende que o período “dia”

deve ser considerado entre às 6 horas e às 18 horas, visando-se, com isso, preservar ao máximo a vida privada e a intimidade no âmbito doméstico. Já o terceiro entendimento utiliza como critério físico-astronômico para classificar se período se trata de “dia” ou “noite”, sendo “dia” o período em que houver iluminação solar. Por fim, consta expresso no artigo 22, inciso III da Lei de Abuso de Autoridade que cometerá crime o agente público que cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas), deixando-se subentendido que, conforme essa legislação, o período “permitido” seria entre as 05h01 e as 20h59.

Sendo noite, o agente executor do mandado, após a intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. É o que dispõe o artigo [293](#) do [CPP](#).

Da mesma forma, as buscas podem ser realizadas durante qualquer dia da semana, mesmo aos domingos e feriados, devendo ser observadas as mesmas imposições já citadas.

3.3.3. Da Busca e Apreensão em Flagrante Delito

O ingresso no domicílio para busca e apreensão em situação de flagrante delito está previsto no artigo 5º, inciso XI da CF, sendo uma das quatro hipóteses excepcionais para o ingresso na casa e uma delas é o flagrante delito. Nos casos de flagrante delito, a autoridade policial pode ingressar na casa sem mandado judicial. Contudo, 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 o conhecimento da ocorrência do delito e a visibilidade do crime ocorreu previamente ao ingresso. Ou seja, é necessário que haja elemento concreto referente à provável da conduta, que seja palpável e prévia, a fim de adentrar ou não na residência.

Com isso, não basta denúncias anônimas ou informações de colaboradores, pois tais fatos não possuem força probatória, e não poderão ser utilizadas em juízo. Faz-se necessária a investigação da ilicitude ora denunciada/informada, para maior avaliação da legitimidade ou não dessa. E, se caso for, a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Por outro lado, se não houve a visibilidade do delito, não há como existir a situação de flagrância, e o ingresso na residência do indivíduo caracterizaria uma grave violação do instituto da inviolabilidade do domicílio.

3.4. DAS PROVAS ILEGAIS

O Processo Penal deve ser analisado à luz da Constituição Federal, devendo haver equilíbrio entre o controle estatal sobre o indivíduo e as garantias constitucionais, com vistas a proteção dos valores de um Estado social-democrático de Direito. 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.

Entende-se por prova todo o elemento utilizado para levar o conhecimento de um fato a alguém. É uma forma de reconstrução dos fatos em busca da verdade real, limitando os caminhos para uma correta investigação criminal percorrendo com maior precisão a existência ou não de um crime. Para tal, existem meios de prova, que são aqueles utilizados para trazer aos autos os elementos da prova.

Prova ilegal é a prova produzida que não obedece a lei, produzida contrariamente aos dispositivos legais. Podem ser classificadas em provas ilícitas e provas ilegítimas. A prova é dita ilícita quando viola o direito penal, o direito material. Por outro lado, a prova ilegítima ocorre quando violar o processo penal, o direito processual.

Pode ocorrer de a prova ser ilícita e ilegítima ao mesmo tempo, sendo essa uma mera classificação. Quando há menção a provas ilícitas, refere-se a provas ilegais, sendo que os termos “ilícito” e “ilegítimo” são usados de forma indiscriminada.

A CF veda quaisquer desses tipos (prova ilícita, ilegal ou ilegítima), conforme expresso no artigo 5º inciso LVI da CF, “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (...)”. No mesmo sentido, está previsto no artigo 157 do CPP que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

A Constituição Federal não excepciona nenhuma espécie de ilicitude. Uma vez

reconhecida sua ilicitude, haverá o desentranhamento e inutilização da prova em questão e das que dela derivarem, ou seja, as provas que chegam ao processo já contaminadas, chamadas em seu princípio, como teoria da árvore envenenada.

Constituem provas ilícitas, por exemplo, conforme citado por Aury Lopes Jr.:

“as obtidas com violação do domicílio (CF/88, art 5.º, caput, XI), ou das comunicações telefônicas ou postais (CF/88, art. 5.º, caput, XII), as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (CF/88, art. 5.º, caput, III), as colhidas com infringência à intimidade (CF/88, art. 5.º, caput, X), entre outras. Justamente porque tais bens jurídicos são de alta relevância, o legislador tipifica como crime sua violação.

Assim, a obtenção da prova ilícita, normalmente, acarreta o cometimento de um delito, como a violação de domicílio (Código Penal, art. 150), de correspondência (Código Penal, art. 151), de segredo profissional (Código Penal, art. 154) e a tortura (Lei 9.455/1997, Art. 1º) etc.”

O intuito ao proibir o uso dessas provas, visa resguardar os direitos e as garantias do indivíduo, que geralmente são violados durante a investigação. É importante frisar que a segurança jurídica, no ordenamento jurídico é de indispensável importância na aplicação da manutenção do Estado Democrático de Direito, ainda, sendo primordial para o desenvolvimento das relações entre os indivíduos e o Estado, garantindo os direitos fundamentais e sua devida proteção legal.

A busca pela verdade dos fatos não pode justificar o cometimento de ilegalidades em busca de provas. Ao se adotar o sistema Acusatório, a CF não admite a prova ilícita, sendo que sua ilicitude surge da forma como ela ingressa no processo, tendo a produção da referida prova fugido dos parâmetros éticos e/ou legais. Qualquer violação de norma jurídica causa a infringência da unidade do ordenamento jurídico, o que acarreta na inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

3.5. A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A Lei 13.869/2019, de 05 de setembro de 2019, conforme seu artigo 1º,

“(...)define os crimes de abuso de autoridade cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las,

abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.”

O Abuso de Autoridade trata-se de crime próprio, sendo que o agente ativo só pode ser o agente público, esse de forma genérica, englobando a todos, não importando o cargo ou autoridade, enfatizando apenas as ações praticadas. O legislador visou coibir as possíveis ações injustas e desproporcionais dos agentes públicos em geral.

É um tema bastante relevante no atual cenário brasileiro, dada a tênue linha entre o poder ofertado pelo Estado aos seus agentes públicos (“poder de polícia”) e os direitos e garantias constitucionais inerentes aos cidadãos. A ocorrência do delito se dá no momento em que a razoabilidade da ação é ultrapassada de maneira injusta, podendo atingir por exemplo, à Inviolabilidade de Domicílio, à liberdade de locomoção, entre outras situações que ferem a proteção dada pelo Estado ao cidadão.

É sabido que por vezes a sociedade enfrenta ações de abuso de autoridade, tendo a legislação em tela visado atingir um patamar de maior segurança jurídica, classificando como crime algumas ações consideradas abusivas e reprimendo as ações de forma expressa, atribuindo ao agente que não observar os preceitos da lei o tipo de sanção imposta, podendo ainda haver sanção no âmbito cível e administrativo.

O artigo 22 da referida Lei, compreende a situação da violação de domicílio por parte da agente público, deixando clara as situações em que tal violação ocorre e definindo as devidas sanções aplicadas ao seu tipo penal. Com isso, fica clara a possibilidade de responsabilização do agente público na seara até mesmo civil, correndo o risco de sofrer uma possível condenação a pagar valores indenizatórios a vítima se for injusta ou indevida a ação. A indicação de que dentro da casa ocorre situação de flagrante só se mostra possível mediante materialidade do delito. Nesse sentido, o policial deve acautelar-se de todas as medidas a fim de justificar o ingresso forçado, sob pena de sua conduta amoldar-se nesse artigo.

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, sem antes ter uma razão hábil, mesmo que identificada posterior situação de flagrante, o agente poderá ser responsabilizado penalmente, configurando os crimes de abuso de autoridade e de invasão domiciliar.

Conforme exarado pelo STF, “os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito” Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso.

No mesmo sentido, no Recurso Extraordinário 603.616, representativo de controvérsia, o Ministro Gilmar Mendes firmou o entendimento intermediário, fixando a tese em sede de repercussão geral:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.

3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6 . Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.” ((RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010)

Da mesma forma, expresso pelo relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, em julgamento de

HC em 10/12/2019 (STJ - RHC: 118817 MG 2019/0299489-8 T6 - SEXTA TURMA,
Data de Publicação: DJe 13/12/2019):

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOVÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição consagrou o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. 2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem. 3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. O STF definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: “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.” 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda. 7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante

mandado judicial, legitimizar a entrada na residência ou local de abrigo. 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência. 11. Na hipótese sob exame, havia somente vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do fato de ter sido surpreendido, na via pública, na posse de 1 microtubo contendo cocaína (fl. 13), por ocasião de patrulhamento de rotina. Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Não há, da mesma forma, nenhuma menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. 12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial. 13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu na espécie - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de porções variadas de drogas -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 15. Recurso provido, ex officio, para reconhecer, nos Autos n. 0024.19.100.161-9, a ilicitude das provas obtidas por meio de invasão de domicílio, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolver o recorrente, com fulcro no art. 386, II, do CPP, determinando, assim, a sua imediata soltura.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da inviolabilidade de domicílio denota um dos princípios fundamentais para a garantia do Estado Democrático. A inviolabilidade do domicílio em relação aos crimes de drogas é um tema muito discutido atualmente.

Na atualidade do cenário judiciário brasileiro, os agentes de segurança pública atuam no limiar entre a legitimidade da obtenção da prova no exercício da atuação funcional e o eventual reconhecimento de sua invalidade. O Estado deve passar a sensação de justiça à população, tanto no sentido de que não haverá, por razões infundadas, a quebra do direito de inviolabilidade de domicílio, como também de que os fatos criminosos serão devidamente averiguados e punidos.

Em se tratando do delito de tráfico de drogas, com a edição de novos julgados e súmulas, devem ser observadas as circunstâncias da prisão em flagrante delito com mais cautela, uma vez que a ação policial em residência, em alguns casos, tem sido julgada como “ilegal” e, por fim, relaxada. Os aspectos legais precisam ser observados, bem como é necessário otimizar a forma de ação a fim de garantir que sejam preservados os direitos constitucionais, mas que também o Estado não deixe de agir e a Justiça seja alcançada.

No caso dos crimes de natureza permanente, como o Tráfico de Drogas, o STJ decidiu que o mandado de busca e apreensão é prescindível, não se falando em ilegalidades relativas ao cumprimento da medida, apenas exigindo dos agentes públicos uma justificativa prévia que justifique a medida com elementos mínimos que caracterizem a sua necessidade.

Quando o policial se baseia apenas na justificativa de que “havia denúncia anônima de que no local se realizava o tráfico de drogas” se refere tão somente a “denúncias anônimas”, sem as diligências pertinentes a fundamentar entrada no domicílio. Referidas “denúncias anônimas”, a bem da verdade, não servem, isoladamente consideradas, nem mesmo à instauração de procedimento investigatório por parte da Autoridade Policial ou do membro do Ministério Público, haja vista que são necessárias, antes, diligências preliminares.

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. Para justificar o ingresso em domicílio sem mandado judicial, o delito já deveria ser de conhecimento do agente público, através de diligências realizadas anteriormente, tais como campana, acompanhamento, ou demais procedimentos visando a correta apuração dos fatos. Enfim, algum suporte material que justifique o ingresso no domicílio. Assim, para embasar o ingresso no domicílio, é necessário o levantamento de elementos para constatação da prática do delito.

Os crimes de drogas podem ser elucidados e chegar ao conhecimento das forças policiais de diversas formas, dentre elas através de “denúncias”. Ocorre que, por vezes, essas “denúncias” são relatadas inicialmente à Polícia Militar, que é ostensiva e, em tese, não lida com investigação.

Com isso, principalmente nessas situações, seria interessante a ação conjunta das forças policiais. A realização de investigação, de atribuição da Polícia Civil, é imprescindível para a coleta de elementos. Então, posteriormente, o Delegado de Polícia poderá representar ao Juiz pela busca e apreensão no domicílio indicado como local onde está ocorrendo o crime.

Com o mandado de busca e apreensão, os agentes teriam segurança funcional para agirem e, sobre o aspecto de “violação de domicílio”, não haverá o que se dizer quanto à ilegalidade de eventual prisão em flagrante ou quanto à licitude da prova (entorpecente ou outros elementos ora localizados e apreendidos).

REFERÊNCIAS

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 24 de junho de 2021.

_____. 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 junho 2021.

_____. 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 junho 2021.

_____. Decreto-lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei De Drogas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 24 de junho de 2021.

_____. Decreto-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 junho 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatoriosinteticos/relatorios-sinteticos>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, 2012.

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

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

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

NUCCI, Guilherme. Artigos: **A droga da Lei de Drogas**.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ingresso Policial Forçado em Residência sem Investigação Prévia e Mandado é Ilegal**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07072021-Ingresso-policial-forcado-em-residencia-sem-investigacao-previa-e-mandado-e-ilegal-.aspx>. Acesso em: 27 de julho de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Policiais Devem Gravar Autorização de Morador para Entrada na Residência – Decisão da 6ª Turma**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02032021-Policiais-devem-gravar-autorizacao-de-morador-para-entrada-na-residencia--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 27 de julho de 2021.

_____. **Garantismo Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-13/andre-kehdi-cruzada-tj-sp-garantismo-penal>. Acesso em: 27 de julho de 2021.

_____. **Juiz manda soltar homem que armazenava cocaína em casa para ser vendida na região** – Site de Notícias. Disponível em <https://www.oreporterregional.com.br/noticia/7358/juiz-manda-soltar-homem-que->

armazenava-cocaina-em-casa-para-ser-vendida-na-regiao. Acesso em: 27 de julho de 2021.