



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

CAROLINA RECO DOS SANTOS

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO PARA FINS DE COMBATE AO
TRÁFICO DE DROGAS**

**Assis/SP
2022**



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

CAROLINA RECO DOS SANTOS

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO PARA FINS DE COMBATE AO
TRÁFICO DE DROGAS**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito da 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.

**Orientanda: Carolina Reco Dos Santos
Orientador: M.e Carlos Ricardo Fracasso**

**Assis/SP
2022**

FICHA CATALOGRÁFICA

S237i Santos, Carolina Reco dos.

Inviolabilidade do Domicílio para Fins de Combate ao Tráfico de Drogas / Carolina Reco dos Santos – Assis, SP: FEMA, 2022.

41 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, curso de Direito, Assis, 2022.

Orientador: Prof. M.^º Carlos Ricardo Fracasso.

1. Inviolabilidade do domicílio. 2. Direito fundamental. 3. Mandado judicial. I. Título.

CDD 341.27

Biblioteca da FEMA

INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO PARA FINS DE COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS

CAROLINA RECO DOS SANTOS

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: M.e Carlos Ricardo Fracasso
Examinador: M.e Claudio José Palma Sanchez

Assis/SP
2022

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu avô, o qual sempre demonstrou tamanha admiração por esta profissão, despertando meu interesse por mesma.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente quero agradecer a DEUS, que até aqui me sustentou com graça e forças, me concedendo vida, saúde e bênçãos.

Sou grata de todo o coração por minha família, a qual nos dias mais difíceis segurou nas minhas mãos, me apoiando e me motivando a prosseguir, Mamãe, Lucas e meu Pai sem vocês todo esse caminho seria muito mais difícil, obrigada por cada ato que fizeram e ainda por cada ato que se privaram para me apoiar, vocês são meu porto seguro.

Também agradeço aos meus amigos, que foram fundamentais para o meu crescimento e desenvolvimento, e que desta maneira auxiliaram para que este trabalho se se torna realidade.

E, por fim, aos professores do curso de Direito da FEMA, em especial ao professor e orientador deste trabalho (Carlos Ricardo Fracasso), pelo auxílio, pelos ensinamentos e pela dedicação.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a pesquisa acerca do direito fundamental do indivíduo a ter seu domicílio resguardado assim como estabelece a lei, com enfoque especial há esta garantia nos casos em que os agentes policiais ingressam no domicílio sem mandado judicial nos referidos casos de tráfico ilícito de drogas, para melhor compreensão serão expostos dizeres de doutrinadores, teorias e princípios do direito que conduzem o direito penal, como é o caso do princípio da inviolabilidade, teoria do fruto da árvore envenenada, através dos quais se torna claro o motivo de a inviolabilidade do domicílio necessita ser resguardada, visto que, a instabilidade a cerca de um direito, coloca todos os demais em risco.

Palavras-chave: inviolabilidade do domicílio, direito fundamental, mandado judicial.

ABSTRACT

The purpose of this study is to research about the fundamental right of the individual to have their domicile protected as established by law, with a special focus on cases involving police officers that break in residences without a search warrant on drug slaughter cases.

Doutrinator's sayings, theories and principles that conduct the law, such as the principle of inviolability, the fruit of the poisoned tree theory, that show the reason why the inviolability right needs to be protected, given that one's right instability puts all others' at risk.

Keywords: Inviolability of Household, Fundamental Right, Judicial Word.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. SISTEMA CRIMINAL	13
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	13
2.2 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO	14
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.4 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS	16
2.5 INTERSECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E TRATADOS COLETIVOS	19
2.6 PRONÚNCIAS CONSTITUCIONAIS	19
2.7 BARREIRAS REFERENTES A SOBERANIA DO ESTADO PUNITIVO	22
3. LEI DE DROGAS E SUAS PROPOSTAS DE MELHORIA	23
3.1 DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE.....	24
3.2 EFEITOS DA LEI DE DROGAS	24
3.3 CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E A CLASSIFICAÇÃO USUÁRIO OU TRAFICANTE	25
3.4 VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO	26
3.5 PODE UMA ÁRVORE ENVENENADA DAR BONS FRUTOS?	28
3.6 ESPAÇO TEMPORAL DO TRÁFICO DE DROGAS	28
3.7 BUSCA E APREENSÃO	30
3.8 CONCEITO DE FLAGRANTE DELITO	31
4. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO	32
4.1 CONTROLE JUDICIAL	32
4.2 ENTRADA NO DOMICÍLIO MUNIDO DE INTUIÇÃO OU MANDADO JUDICIAL	34

5. CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro passa por um momento de evolução de suas garantias constitucionais, e isto decorre do cenário conturbado em que o país enfrenta no meio político e social.

O Direito Penal galgava para uma transformação e mudança que proporcionassem uma abordagem mais ampla e atual das garantias e direitos individuais elencados na Constituição Federal de 1988 e concordante com o Estado Democrático de Direito, sob outro ponto de vista, a política nacional e a sociedade esbaravam em uma crise institucional apta de produzir um defensor da classe popular predisposto a impregnar uma melhora social do Direito Penal de cunho punitivo através do objetivo social por meio de providências emergenciais no que diz respeito criminalidade. Assim a cotidiana cobrança para que o Judiciário realize os desejos de abrandar princípios norteadores e fundamentais em busca de um entendimento guiado pelo objetivo compensatório da penalidade.

Esta perspectiva se torna ainda mais notável nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, crime este que mais encarcera no país, Brasil tem importante papel como corredor do tráfico internacional. Em regiões com menor poder aquisitivo, existe um menor acesso à educação e uma pequena ou nenhuma perspectiva de futuro, fornecendo um ambiente perfeito para o desenvolvimento do tráfico de drogas, com a falsa promessa de caminho para mobilidade social. Desta maneira, os mais prejudicados são os mais vulneráveis na cadeia organizada do tráfico, composta em sua maioria por menores de idade ou jovens, que tem o papel de entregar as drogas para destinação final, e não os grandes traficantes, os quais atuam nos bastidores como gerenciadores, alimentando a violência e a corrupção. Ao passo que esse grande traficante é favorecido pela corrupção policial, em oposição a isto, o jovem pobre e periférico encontra-se como parte das estatísticas do encarceramento em massa, além de sofrer os males do abuso policial.

Sob outro enfoque, não tem por objetivo proteger o cometimento de crimes ou aumentar os procedimentos concernentes às investigações policiais, entretanto inicialmente de discorrer e proteger o devido processo penal e especialmente as garantias constitucionais para defesa da parte mais vulnerável da população.

A finalidade refere-se então a busca por equilíbrio entre os institutos constitucionais e procedimentais, aspirando à indispensabilidade de se dosar a adequação, proporcionalidade e necessidade da busca e apreensão nos crimes de tráfico de drogas, tendo em vista que a motivação da impunidade não é a garantia individual, e sim a ilicitude e a omissão nas ações por parte do Estado.

2. SISTEMA CRIMINAL

Processo Penal e Direito Penal são as partes responsáveis pela composição do sistema criminal, tornando possível o emprego da lei penal ao caso concreto viabilizando as garantias processuais imprescindíveis. Portanto, os princípios do sistema criminal carecem de ser compreendidos em acordo, e em gerência dos princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, sendo estes do devido processo legal e dignidade da pessoa humana.

Guilherme de Souza (2017, p. 24), expressa princípio como sendo uma ordenação que se espalha e fascina o sistema regulamentar com o objetivo de oferecer base para a exposição, inclusão, aprendizado e aplicação do direito positivista. Há princípios categoricamente previstos ou implícitos e, também os enumerados na Constituição Federal.

Apesar de fundamentalmente importante todos os princípios que conduzem o sistema criminal, são cruciais para compreensão da temática do princípio da dignidade humana e o da inviolabilidade do domicílio.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fundamento substancial da República é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo extremamente necessária a proteção deste direito para a interpretação e eficácia das normas.

De acordo com as palavras do doutrinador Sergio Cavalieri, é inerente ao indivíduo a dignidade da pessoa humana e implementa-se como o mínimo invulnerável que algum estatuto jurídico pode proteger, excepcionalmente estritas são as suas limitações:

Entre os superiores princípios (valores) consagrados na Constituição de 1988, merece especial destaque o da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Temos hoje o que podemos chamar de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição colocou o homem no vértice do

ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. “Isso é valor”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio 2005, p. 61)

Sendo assim, não há instituto jurídico ou princípio que possa estar em desacordo com a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que procede de uma crença moral e espiritual intrínseca ao indivíduo que estabelece um mínimo inviolável. Por este motivo, é essencial respeito e cuidado acerca do valor quando se trata de abrandar direitos fundamentais, tendo como regra que se discorre de uma exceção há regra e nunca de uma regra propriamente dita.

Neste segmento, está veementemente amparado o princípio da inviolabilidade do domicílio, desta mesma maneira, estão os direitos fundamentais ligados ao âmbito privado, como por exemplo, os direitos fundamentais da vida privada e da intimidade.

2.2 INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Há todos os indivíduos brasileiros são assegurados direitos pela Carta Magna promulgada em 1988, dentre eles está o de não ter seu domicílio violado, por quem assim o desejar, incluindo-se o Estado neste rol de proibição. A Constituição visa à proteção da moradia em seu sentido mais estrito, englobando a própria intimidade.

O direito à inviolabilidade do domicílio assegura aos cidadãos que estão protegidos de quaisquer abusos das pessoas e até mesmo de medidas autocráticas do Estado.

Independentemente de estar constitucionalmente previsto, este direito não possui caráter absoluto, da mesma maneira que outras garantias constitucionais conservam limitações em seu alcance. Limitações estas, expressas na legislação infraconstitucional e até mesmo na Constituição Federal.

O presente capítulo tem por intenção retratar o princípio da inviolabilidade do domicílio à luz do princípio constitucional e as capacidades legais para atenuação do direito, dando enfoque nas circunstâncias em que o delito é considerado como permanente.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A inviolabilidade do domicílio está assegurada no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal:

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

Encontra-se interposto no rol dos "Direitos e Garantias Fundamentais" e por este argumento todos os cidadãos e especialmente os agentes públicos estão subordinados ao seu cumprimento com qualidade de efeito imediato.

Por recobrir-se de caráter fundamental, o direito à inviolabilidade do domicílio não pode ser ultrajado, nem mesmo quando se trata de situação que permita justificativa legal para tal violação.

Os Direitos fundamentais pautado nos pensamentos de Dimoulis e Martins (2009), são direitos públicos inerente da pessoa, sendo ela física ou jurídica. Estando presente nos dizeres constitucionais, colocam fim no decoro regimental soberano pertencente ao Estado, seu propósito é colocar limite nos atos de poder do Estado e em frente a liberdade de cada cidadão.

Já para Gomes Canotilho (1994), pode ser compreendido como direito fundamental, aquilo que tem como objetivo defender os direitos dos cidadãos através de uma perspectiva que possui dois ângulos, sendo o primeiro num projeto jurídico objetivo, normas de referido sentido negativo em consideração aos poderes públicos e terminantemente contrária as ingerências no que tange o jurídico privado. Em segundo plano, aborda um posicionamento jurídico-subjetivo, deixando livre para se posicionar sobre os direitos fundamentais.

O entendimento regulamentar dos direitos fundamentais começa simultaneamente com a solidificação das bases do Estado Democrático de Direito, concomitantemente com a fundação dos mecanismos jurídicos que beneficiavam o envolvimento popular nas escolhas políticas, culminados ao avanço de mecanismos de controle e restrição do domínio estatal.

Na Carta Magna é considerado como primordial o direito a usufruir de força normativa, a qual se baseia em atributo valioso para que seja possível galgar a magnitude do cumprimento do direito. O imprescindível dos direitos fundamentais caracteriza-se por alcançar a exclusão instantânea da interferência aplicada pelo Estado, e na delimitação de seu poder de alcance.

Fundamentada no artigo 5º, inciso 1º, da Constituição Federal, é imediata a aplicabilidade das normas de garantias fundamentais e definidoras de direitos, ou seja, para sua efetividade prescindem de regulamentação, desta maneira completamente aclamável e vinculante. No que lhe concerne o artigo 60, § 4º, inciso IV, expressa que os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos nem modificados por se tratar de cláusulas pétreas.

Após acatar como fundamental o direito à inviolabilidade do domicílio, o poder constituinte tem como ideia central a proteção do que se tem de mais básico no que tange ao ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Da mesma maneira visa à privacidade do indivíduo e a proteção legal a intimidade.

2.4 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

De caráter não absoluto os direitos e garantias individuais e coletivos, tem a definição de seus limites nos outros direitos, que por sua vez são igualmente guiados à luz da Constituição Federal.

Todo direito fundamental dispõe de limitações no ponto em que finda o seu alcance material. De acordo com Ferrari (2011), o direito citado acima também compreende um enfoque subjetivo e outro objetivo, sendo assim, torna-se relativo e limitado. No ponto de vista subjetivo, é relativo, ou seja, não absoluto pelo fato de não concernir a quem pertence o direito conforme lhe é de agrado, pautado em seu interesse. Conquanto, por estar previsto na Constituição é objetivo, desta maneira está inserido na sociedade e interligado ao pensamento de responsabilidade.

Constitucionalmente positivados os direitos fundamentais dispõe entre si, e com as demais normas constitucionais de equilíbrio, entretanto existem momentos de

desarmonia, nos quais se faz necessário a mediação do Estado para pôr fim ao conflito.

Nestes casos de disparidade, a resolução vem por meio do chamado sopesamento, em outras palavras, estabelece-se o "peso concreto" ou relevância específica de um princípio em contraponto ao outro, os quais sejam divergentes, tomando nota dos "pesos abstratos" de ambas as partes, para enfim chegar ao que seja melhor para o caso em tela.

Steinmetz (2001, p. 69) entende que:

“[...] são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental.”

Para Marmelstein (2009), deve se extrair o mais próximo do todo de uma norma. Esta deve ser aplicada em sua máxima espelhando se ao desejo constitucional, toda via, certificando se que não ultrapasse o entendimento dos demais direitos relevantemente iguais, portanto, resguardado em sua igualitária medida.

De não absoluto caráter é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em relação a jurisprudência originada no julgamento de recurso de Mandado de Segurança: STF, Pleno, MS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000:

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas e considerado o substrato ético que as informa permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

A respeito do exposto, vale analisar que declarar como não absolutos os direitos fundamentais não significam que as proteções constitucionais sejam mais fracas e nem que os direitos são remodelados ao favor do Estado, com base no argumento, proteção ao interesse público.

A diretriz é sempre pautada no estudo e no respeito aos direitos humanos, conquanto, haverá casos em que a limitação a dado direito fundamental fasear-se-á fundamental.

A Carta Magna garante o limite do exercício de direitos classificados como fundamentais, não obstante que permite de maneira expressa a delimitação da matéria de direito fundamental através de lei, desta forma, o faz, pois, ao indivíduo é ilícito obrigar a vontade pessoal a outro, muito menos usufruir de direitos garantidos à ele, com a finalidade de excluir a reponsabilidade civil e ou penal.

É correto e necessário um protocolo especial para toda e qualquer capacidade de distanciamento de um direito fundamental com objetivo de que não ocorra abuso.

Marmelstein (2009), compreende que deve ser visto com cautela o estreitamento de direitos humanos e, por tal, necessário um estudo constitucional mais profundo.

Nas hipóteses em que ocorre conflito ou concorrência de direitos fundamentais, há maneiras passíveis de execução para resolução do impasse, entre elas a interpretação sistêmica da Constituição, que de acordo com Dimoulis e Martins (2009, p. 155), entende-se por meio da Carta Magna que, "enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o Constituinte mesmo estabeleceu", e também atrás do princípio da proporcionalidade, o qual pela perspectiva dos direitos fundamentais será inserido na união Estado e sociedade, com enfoque nas desavenças íntimas.

Baseado nas palavras de Maria Rosynete Oliveira Lima, (1999, p. 287):

“Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro”.

Através da proporcionalidade é possível examinar aplicação e a precisão de algumas normas, assim como a gravidade de outras em relação ao que defende a sociedade, não podendo estas mais graves serem aplicadas no lugar das que já se encontram vigentes pelo Poder Público.

2.5 INTERSECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS

No tocante aos direitos humanos culminados com os direitos internacionais, no ano de 1948, mais precisamente no mês de maio, pela primeira vez a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem passou a prever a inviolabilidade do domicílio. Conquanto o acolhimento foi recepcionado em conglomerado à alguns outros direitos pessoais relacionados a vida íntima e familiar através da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal como, na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, famigerada Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Mais tarde, por intermédio do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos pelo Brasil sancionado (Dec. 592, de 06/07/1992) e além de também ratificado pelo Brasil (Dec. 678, de 06/11/1992). Classificada com considerável destaque está a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José no tocante a proteção do instituto. E por fim, para reconhecimento ao direito à proteção ao domicílio encontra-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

O Pacto Internacional e o Pacto São José da Costa Rica, a respeito dos Direitos Cívicos e Políticos, estes que se localizam no ordenamento jurídico e em combinação ao texto constitucional apresentam-se para amparar o domicílio.

2.6 PRENÚNCIAS CONSTITUCIONAIS

As alegações de direito estrangeiro de forma grosseira, pode ser dividida em três classes, segundo o relator GILMAR MENDES (STF - RE: 603616 RO,2016). Na

primeira posição encontra-se a lei que limita a entrada forçada, tão somente divergem as buscas autoritárias, sendo estas: Constituição da Argentina, Chile, Estados Unidos, Itália como também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica, os quais partilham do mesmo pensamento. O segundo colocado, caracteriza a classe como sendo sem restrições, neste caso em tela, a Constituição Uruguaia é um exemplo claro.

Por fim, temos a emissão de mandado de busca e apreensão com restrições sem autorização judicial, integrantes deste agrupamento são Alemanha, Angola, Espanha, Japão, Paraguai e Portugal. Neste, entretanto, o asilo era tido como inviolável pelas Constituições dos anos de 1824, 1891 e 1934, exceto nos ocorridos e na forma da lei, do mesmo modo que a Constituição de 1946, à de 1942 até dia 31 de agosto, momento em que foi alterada pelo Decreto 10.358, o qual, pois fim a está previsão. Contudo a Constituição de 1946, tornou a constar como regime inviolabilidade de domicílio, continuando a constar no ano de 1967, através da Constituição e na posterior emenda Constitucional de 1969, e finalmente chegando na Constituição de 1988.

A atual Constituição brasileira (1988), expressa em seus textos como circunstâncias extremamente isoladas, o alívio do princípio da inviolabilidade nas situações de flagrante delito, desastre, durante o dia, mediante ordem judicial e prestação de socorro. Sobre estas brechas, se faz extremamente necessário um estudo:

Segundo a Constituição de 1842:

“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 Império, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. ”

Ainda, segundo a Constituição de 1891:

“Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pôde ali 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 prescrita na lei.”

Na Constituição de 1934:

“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: 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 prescrita na lei. ”

Quando da Constituição de 1937:

“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:

(...) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

No entanto, na Constituição de 1946:

“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.

A Constituição de 1967:

“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.

E, na Constituição de 1969:

“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.

2.7 BARREIRAS REFERENTES À SOBERANIA DO ESTADO PUNITIVO

Consoante a Aury Lopes (2012, p. 60), a sentença com relação a matéria penal, o interesse público é o todo, sendo os direitos individuais parte obsoleta, pois em verdade, estão em questão todos os interesses, do réu em especial, ultrapassando o limite do privado e evadindo a linha dos direitos e garantias fundamentais, se tornando pauta pública. Deste modo, valorizar os interesses do indivíduo face ao Estado, nada mais é, que dar força a voz da democracia do processo penal e estimular o indivíduo, que está subordinado as regras do direito penal, uma vez que a proteção dos inocentes é um ponto consolidado no processo penal, do ponto de vista lógico, encontra-se a estimativa constitucional de inocência expreso no art. 5º, LVII, da CF, haja vista que, a maior vulnerabilidade do acusado no processo penal, o qual afligido pela fúria institucionalizada do processo em face da soberania do Estado que o acusa.

“Essa é uma premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor primeiro 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 as 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)

O autor revela ainda que, não é obrigatório validar o funcionamento da liberdade individual e sua elucidação, conquanto, a intervenção do Estado relacionada ao poder de penalizar, requer autenticação e amparo nos termos da lei. Visto que, quando não houver fundamento na ação *a priori* com justificativa na Constituição, deturpado está o direito, enquadrando-se em nulidade ou ato cabível de anulação.

A abertura de um processo penal carece de seguir as garantias constitucionais adiante, o meio público ou privado, baseando como fundamental o direito de natureza publica de limitação da interferência do Estado.

“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)

Por outro lado, Gilmar (2018, p. 594) declara que o instituto precisa ser interpretado como um limite e proteção para a interferência legislativa, administrativa ou judicial não justificada, para o agente público categorizando como *ultima ratio*, mesmo assim necessitando de argumento pautado na lei, tal qual proporcional dentro da ordem judicial.

3. LEI DE DROGAS E SUAS PROPOSTAS DE MELHORIA

Novas diretrizes foram criadas referente a política de drogas no país, estas mudanças vieram através da lei nº 11.343, instituída em 23 de agosto de 2006, a qual, propôs o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD. Tendo por fundamento procurar e estudar, se os princípios fundamentais foram fragilizados durante a entrada forçada dos agentes públicos no domicílio do suspeito de tráfico ilícito de drogas, além de não possuírem mandado judicial, uma vez, que este é o delito que mais encarcera no país, tornando necessário maior debate a respeito.

3.1 DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

A distinção entre usuário e traficante, veio através da lei de drogas promulgada em 2006, assim dizendo, as penas alternativas a prisão, será para o indivíduo caracterizado no consumo pessoal, visto que, é entendido que seu potencial ofensivo a sociedade como um todo é menor, por este motivo, as penas alternativas para o infrator, será como medidas educativas, advertências e prestação de serviços à comunidade.

Já ao indivíduo que realize comércio de substâncias entorpecentes, fora da legalidade pelos órgãos reguladores, prevê pena de prisão que pode variar do mínimo de cinco anos, o que anteriormente era de três anos, e máxima de quinze anos.

3.2 EFEITOS DA LEI DE DROGAS

Inversamente as expectativas criadas a respeito da Lei de Drogas e das mudanças geradas pela mesma, bem como, à enorme quantidade de encarceramentos relacionados ao crime de tráfico de entorpecentes teve um crescente visível em seus números.

De acordo com as pesquisas estatísticas do INFOPEN, a incidência que mais acarreta prisão no Brasil, são os crimes relacionados ao tráfico de drogas.

No ano de 2005 a porcentagem de encarcerados era de 14%, para crimes concernentes ao tráfico de drogas, cerca de quatorze anos após esta pesquisa, novos dados revelaram a porcentagem de indivíduos aprisionados por incidência da lei de drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06), e contabilizaram 39,42%, o equivalente a 30.4416, isto num período de janeiro a junho de 2019. O que expressa um número maior relacionado a tipificação, deixando claro o fenômeno do super aprisionamento comparado aos demais crimes e deixando claro a necessidade de a política estatal suplicar por mudanças no combate as drogas.

3.3 CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E A CLASSIFICAÇÃO USUÁRIO OU TRAFICANTE

O debate é grande quando se trata da ausência de critérios claros e objetivos dentro da lei, para classificar quem fica do lado em que se considera um usuário, e do outro onde se encontra o traficante. No que se refere a distinção do indivíduo encontrado portando substância ilícita, o artigo 28, § 2º da Lei 11.343/2006 expressa critérios subjetivos, uma vez que o juiz terá que levar em consideração elementos de conjuntura questionável, como por exemplo; condições em que o delito foi praticado, situação social e pessoal, local, quantidade de substância apreendida, antecedentes e conduta do cidadão.

Em primeiro momento, a distinção entre quem é considerado como usuário, e quem é considerado como traficante de drogas é feita pela polícia, situação que facilita que o preconceito perpetue, pois neste momento, erroneamente o julgamento é feito através da ótica já antiga, a qual criminaliza negros, pobres e moradores de comunidades.

“Em nós, até a cor é um defeito. Um imperdoável mal de nascença, o estigma de um crime. Mas nossos críticos se esquecem de que essa cor, é a origem da riqueza de milhares de ladrões que nos insultam; que essa cor convencional da escravidão tão semelhante à da terra, abriga sob sua superfície escura, vulcões, onde arde o fogo sagrado da liberdade.” (Luiz Gama, advogado e importante abolicionista da história brasileira).

Desta maneira, atualmente em nosso país a política de combate as drogas, traz forças para que o sistema carcerário seja um local onde os mais desfavorecidos sejam a maioria, assim como fragiliza os moradores de comunidades e os grupos marginalizados da sociedade, deixando cada vez mais nítido o quanto o Direito Penal tem que evoluir, diminuindo a vulnerabilidade das garantias constitucionais.

“Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conformes ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato, então não mais se verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos, tanto mais insuportáveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; tanto mais cruéis quanto maior resistência

encontram, porque a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, mas aos obstáculos que se lhes opõem; tanto mais funestos quanto ninguém pode livrar-se do seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só.” (Cesare Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, 1999 p. 12)

À vista disto, Raquel Dodge (2017) procuradora-geral da República disse:

“A educação pública sem qualidade diminui a oportunidade de acesso a trabalho e à compreensão da própria dignidade da pessoa humana. Serviços de saúde precários abreviam vidas criativas, afetuosas e que ainda contribuiriam para o bem das pessoas. A falta de liberdades de religião, de reunião e de associação e de uma vida segura na cidade e no campo tem tolhido o sentido de comunidade e de pluralidade que tanto orgulhavam os brasileiros.”

Assim sendo, as falhas do sistema refletem de forma mais ríspida nos mais humildes e nas garantias fundamentais dos mesmos, no caso em tela, com ênfase na inviolabilidade do domicílio. Inclusive a falta de êxito nas políticas pública contra as drogas tem seu maior fracasso, não por coincidência, mas sim por um preconceito enraizado, nos mais vulneráveis e que necessitam da proteção do Estado. Contudo, os traficantes e patrocinadores deste crime que indiretamente administram o sistema carcerário e lucram com este mercado ilegal, são ao menos alcanças pelos aspectos da repressão e coerção do Estado.

3.4 VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO

O domicílio é asilo inviolável, com base no Código Penal brasileiro de 1940, o qual descreve como crime de desfavor a liberdade individual adentrar ou permanecer no domicílio alheio de maneira clandestina ou astuciosa. No mais, o artigo 150 do mesmo Código, também enquadra está atitude como delito descrito na Lei Nº 13.869/2019, a referida lei de abuso de autoridade.

“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;

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.

(...)

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. "

Em conformidade com a presente compreensão do STF, o servidor do Estado que penetra a residência seguindo justificáveis razões, mesmo que a suspeita de flagrante não obtenha êxito, o mesmo não poderá ser punido penalmente com justificativa das circunstâncias as quais o induziram estritamente a cumprir sua obrigação legal punitiva. Há contrapeso, no caso de o agente penetrar o domicílio sem justificativa, independentemente de em seguida ficar esclarecida condição de flagrante delito, pode ser penalizado pois enquadra-se como invasão de domicílio e abuso de autoridade.

A privacidade e a intimidade são características da liberdade particular, uma vez que é preciso proteger este direito de iminentes opressões de agentes públicos.

3.5 PODE UMA ÁRVORE ENVENENADA DAR BONS FRUTOS?

Não, uma árvore envenenada não é capaz de gerar bons frutos, assim são as provas produzidas por uma ação policial feita em desarmonia com as regras previstas na Constituição, não são capazes de gerar uma prova lícita para o processo. Ainda que, no decorrer da operação, seja provado a prática de tal crime suspeitado de início, o agente terá agido de maneira abusiva, além de ter desrespeitado a Constituição por violação do domicílio, para coletar provas que um terceiro, cometeu um delito.

Neste seguimento, o atual entendimento jurisprudencial, trazido pelo Ministro Rogerio Schierri Cruz (STJ - HC: 732247 RJ 2022/0089752-7, Data de Julgamento: 03/05/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2022), para que os policiais comprovem o consentimento do morador será necessário documento por escrito e ou gravação audiovisual. Na ausência destes meios de prova de consentimento, institui-se como ilegal a busca domiciliar e como consequência todas as provas geradas a partir dela, assim sendo aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada, necessitando que todas as provas sejam dizimadas do presente processo, assim como os atos seguintes as provas deveram ser extintas. No oposto, estaria sendo estimulada a concepção de flagrantes forçados, provas ilícitas e comportamento abuso por parte dos policiais e funcionários públicos.

3.6 ESPAÇO TEMPORAL DO TRÁFICO DE DROGAS

O delito de tráfico de entorpecentes pode ser considerado em dois espaços de tempos, o que irá diferir são as circunstâncias em que abordagem foi feita. Visto que, para ser considerado como crime de tráfico de drogas instantâneo, o mesmo deverá estar fabricando, produzindo, preparando, importando, exportando, adquirindo, oferecendo, vendendo, estabelecendo, administrando e ou estar consumindo, ou seja, para ser classificado atrás do consumo, não é necessário tempo estabelecido ou pré-determinado, bastar o momento da abordagem e já estará praticando o crime de tráfico de drogas pelo consumo imediato.

Por outro lado, ser encontrado trazendo consigo e guardando, expondo para venda, transportando, ter em depósito, são condutas classificadas como crime permanente, uma vez que, é compreendido estar em flagrante delito na medida em que não acaba a permanência, como descreve o CPP no artigo a seguir:

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

Quando o comportamento for considerado crime permanente, é valioso ressaltar a possibilidade de prisão em flagrante, e mais, não haverá necessidade de mandado de busca e apreensão, para adentrar no domicílio do agente. Entretanto, a entrada só será legal se houver lastro probatório mínimo da presença de crime dentro da residência, em outras palavras, compreendido como prova mínima de existência do crime e indícios suficientes de autoria ou participação no delito. Na ausência deste provável motivo, será considerada inconstitucional a presente diligência, uma vez que, adentrar no domicílio alheio sem permissão ou motivos os quais a Carta Magna considera justificáveis, é o mesmo que não respeitar a Constituição atual.

Contudo, não depende do resultado, pois até mesmo se houver comprovação de infração penal dentro da residência, adentrar no domicílio sem consentimento do morador não é legítimo, do contrário, os policiais poderiam vir a praticar os chamados flagrantes forjados, uma vez que, não fosse necessária a causa provável.

Por fim, podendo ser classificado como permanente tanto como instantâneo, a prática do crime de tráfico de drogas, à depender das circunstâncias no momento da abordagem.

Quando se trata de crimes de natureza permanente, o Superior Tribunal de Justiça estabelece que, o mandado de busca e apreensão torna-se acessório, e compreende como ilegalidade concernente a execução da medida. Assim compreendemos através do Ministro Felix Fischer (STJ - HC: 306560 PR 2014/0262161-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 16/10/2014).

De acordo com Flavio Martins (2019, p. 1048), a discussão aparece nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, em delitos permanentes como, por exemplo, manter ou guardar substâncias entorpecentes, já que nestes crimes as autoridades policiais tem por habito penetrar o domicilio sem possuir mandado judicial.

Portanto, permanece o mesmo entendimento, sendo requisitada uma motivação prévia que fundamente a decisão por parte dos agentes públicos, com mínimo de elementos para argumentar a precisão.

3.7 BUSCA E APREENSÃO

A metódica do Código de Processo Penal segundo Aury Lopes (2018, p. 320), é falha no sentido em que não separa a designação de dois institutos diversos e a medida cautelar com meios de prova. Entretanto, a apreensão é uma medida cautelar probatória de garantia da prova, a qual deveria ser reservada para o fim do ato, já a busca estaria localizada no meio do processo. Sendo assim unidades distintas analisadas de maneira agrupada no Código de Processo Penal.

Além do mais, a busca tem dois meios de ser feita, pessoal ou domiciliar, a maioria se depara em desacordo com a inviolabilidade do domicílio, privacidade, vida particular, dignidade da pessoa humana e a proteção física e moral do cidadão. Em função disto, usualmente é interessante considerar as preferências em questão, por meio do princípio da proporcionalidade, a fim de que não haja excedente mediação do poder público. Torna-se importante examinar á precisão, ajustamento e equiparação em perspectiva rigorosa em acordo com caso concreto e o seu propósito.

Guilherme de Souza Nucci leciona que:

“A suspeita é um requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, se um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo, mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, mas continua sendo crucial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem e devem revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente. (...)” Código de Processo Penal Comentado. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, 14ª ed., p. 609.

Outro ponto que diverge opiniões acerca da busca e apreensão, é a chamada "fundadas razões", presente no artigo 240, § 1º, Código de Processo Penal, pois de acordo com NUCCI (2015, p. 609), é necessário:

“Exige razão suficiente para tanto. Isso significa a existência de indícios razoáveis de materialidade e autoria. A busca e/ou apreensão não deve ser a primeira medida da investigação, mas a que estiver lastreada em prova pré-constituída.”

Tendo em vista a subjetividade a abertura da liberdade de ação administrativa, perante as fronteiras da lei, em outras palavras, a lei mantém em aberto a liberdade de decisão diante do caso concreto, sendo assim a autoridade poderá optar por uma entre várias medidas possíveis para solucionar, entretanto, várias perante o direito, no mais o agente público deverá apresentar meios a uma prova de materialidade e autoria (*fumus commissi delicti*), com garantia de diminuir a violência contra as garantias individuais. Devendo estas alegações ter propósito alvo e objetivo.

3.8 CONCEITO DE FLAGRANTE DELITO

Trata-se do momento exato que o agente está praticando o crime, sendo assim a autoridade policial assegurada por lei pode penetrar o domicílio sem mandado judicial, de acordo com artigo 302 do Código de Processo Penal, o conceito de flagrante delito:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Mas para se valer das garantias legais, a jurisprudência e a doutrina exige que a autoridade policial tenha meios de comprovar que sabia que naquele determinado local estaria sendo praticado delito e que visualizou está situação sendo praticada anteriormente a sua entrada. Deste modo, Gilmar Mendes relata que a entrada sem autorização do morador e sem mandado judicial só é legal, a qualquer hora, quando argumentada em fundadas razões, e esclarecidas *a posteriori*, além de demonstrar

que no interior do imóvel aconteceu caso de flagrante delito, do contrário, poderá sofrer responsabilidade disciplinar, civil e penal, nulidade dos atos praticados.

Conforme emenda (STF - RE: 603616 RO, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/11/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/05/2016), ou seja, a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só será considerada Constitucional nas seguintes situações; em qualquer espaço temporal, até mesmo após anoitecer, desde que seguindo os dizeres do artigo 240, §1º do Código de Processo Penal, pautado em argumentos, baseado em caso certo e com circunstâncias de explicito delito no interior do domicilio, caracterizando flagrante delito.

4. INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

É sabido que o presente entendimento do Supremo Tribunal Federal é em acordo a proteção da inviolabilidade do domicílio, diferentemente do entendimento anterior do mesmo. Entretanto, a prática se prova controversa e desregrada pelo judiciário, uma vez que as decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por vezes acata a entrada sem consentimento do morador em casos que não há argumentos plausíveis, que justifique o relaxamento do direito à inviolabilidade do domicilio, constitucionalmente garantido aos indivíduos, em conformidade com possíveis usos abusivos a segurança pública, opressão policial e sentenças baseadas em provas ilegais.

4.1 CONTROLE JUDICIAL

A função do controle judicial constitui-se em conciliar os direitos de liberdade, as predileções de segurança pública, tendo como opção utilizar; *a priori ou posteriori*, a primeira representa o que antecede determinada coisa, já *a posteriori*, relaciona-se ao saber considerado com verdade baseado em experiências, análises e dados, ou seja, representa um conhecimento que necessita de evidências. Dito isto, o controle judicial é interpretado como *a priori* sendo Gilmar Mendes (2016, p. 21), visto que tem como

função conciliar os direitos de liberdade com o querer da segurança pública, ou seja, a diligência que abrande os direitos fundamentais deve ser anterior, a tomada da medida necessita ser antecedente a emissão da determinação judicial, a qual será averiguada pelo juiz em relação a existência de requisitos.

Já se tratando de *posteriori*, os agentes atuam através de ação invasiva, que acontece após a medida. Unicamente depois a tomada da providência, a qual os agentes baseados na lei, analisam-se os pressupostos como ausentes ou presentes na medida.

A prisão em flagrante exige justa causa, o que entende a interpretação com a *posteriori*, com fulcro no artigo 5º, LXI da Constituição Federal de 1988, amparada pela emergência em findar com a atividade criminosa e inequívoca. Diante disso, é imprescindível o manejo da providência e relato ao juiz, que examinara se a prisão em flagrante foi cumprindo todos os princípios admitidos pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LXII. Normalmente em relação aos crimes permanentes, o indivíduo que se encontra em situação de flagrante delito, tornando a solicitação do controle preventivo mais complicado.

Quando o assunto é inviolabilidade do domicílio, o controle preventivo de prontidão pede o mandado de busca e apreensão, o qual o juiz estuda o pedido através do artigo 240, §1º do Código de Processo Penal e analisa se há justa causa. O impasse se estabelece no tocante a Constituição, nas vezes que inusitadamente isenta o controle judicial preventivo, pois rejeita os flagrantes pautados em argumentos que estabeleça a justa causa, e como presumidos são considerados ao fim. Acerca disso, se consubstancia o flagrante, tornando supérflua a aplicação a *posteriori*, a partir deste momento perde a efetividade das exigências e explicações às autoridades, a respeito dos argumentos que consolidaram o acatamento das determinações adversas, tornando a circunstância mais apta ao aceite de discricionariedade por parte das autoridades policiais.

4.2 ENTRADA NO DOMICÍLIO MUNIDA DE INTUIÇÃO OU MANDADO JUDICIAL

Em sentidos opostos, tem caminhado as decisões do STF e do TJDFT, acerca do presente assunto. Visto que, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a teoria que deve haver justa causa, conquanto, as sentenças proferidas pelo TJDFT acabam por acatar até mesmo denúncias anônima, para justificar a violação do domicílio sem mandado judicial.

À vista disto, o TJDFT tem aceitado a consubstancialização no caso de flagrante baseado em argumentos inconsistentes, tornando aceitável para justificar uma condenação. Em direção oposta, o Supremo Tribunal Federal compreende a necessidade de provas apresentadas pelos policiais, para elucidar a justa causa, aplicando o entendimento *a posteriori*, o qual isenta os policiais de argumentos anteriores a entrada na casa, tornando legais as provas obtidas em diligência ilícita, demonstrando a possível maleabilidade da inviolabilidade da residência, como podemos observar no artigo 5º, inciso XI da CF:

“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;”

No mais, a jurisprudência e a doutrina possuem três considerações, de acordo com Silvio Maciel (2010, p. 25), o agente público necessita de convicção visual de que ocorre no interior da residência um caso de flagrante, publicamente conhecido como juízo de certeza.

Já para Ruchester (2017, p. 144), não tem como o policial ter convicção visual que no interior do imóvel existe flagrante, pois este motivo exige que tenha fundada razão para a invasão da casa, baseando em provas, a conhecida justa causa provável, juízo este, feito a partir de indícios no exterior da residência.

Por fim, a compreensão que o STF segue atualmente, entende como prova acessória a convicção visual e as fundadas razões, favorecendo com que os agentes públicos penetrem a residência, se respaldando em desconfiância de flagrante e munido de

intuição particular, refere-se a eventual possibilidade de encontrar provas no interior da casa.

Sobre isto, o STF estabeleceu em (RE 603.616) que em admissibilidade 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.”

Assim dizendo, necessária é a certeza policial, para que haja sucesso no caso de busca, quando não possuir mandado judicial, e sim fundadas razões para argumentar que no interior da residência existe circunstâncias de flagrante. Conquanto, se as investigações estabelecerem que a violação do domicílio fosse injusta, estabelece ilícita a operação policial.

CONCLUSÃO

A cerca da presente pesquisa, constata-se que a prova é um direito assegurado as partes litigantes, simultaneamente se encontra o instrumento processual, que tem importância fundamental para provar a veracidade dos fatos apresentado no processo.

Mesmo que importante, o ordenamento jurídico estabelece limites à produção probatória, proibindo provas alcançadas através de desrespeito à Constituição e leis. A propósito, a recusa de provas obtidas de maneira ilegal, está estabelecida na CF.

Nesse cenário, apresenta se o questionamento a cerca da legitimidade das provas arranjadas em operações realizadas por agentes do Estado, em especial relacionadas à segurança pública, em que adentram na residência sem o devido mandado judicial.

Essa indagação é muito importante, visto que, o princípio inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal. Desta maneira, mitigar o mesmo por mera liberdade do Estado não é possível, tornando indispensável uma argumentação forte e suficiente para invalidar o direito de um cidadão.

O judiciário brasileiro atualmente admite adentrar no domicílio sem a vontade do morador, desde que seja encontrada situação de flagrante, costumeiramente nos delitos de porte ilegal de armas, tráfico de drogas e semelhantes, por se tratar de um crime que está acontecendo naquele exato momento.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial majora pela legalidade da prisão e admissão das provas, independente da maneira que a mesma foi alcançada.

O limite excepcional de mediação do direito ao domicílio na vida prática se tornou cotidiano, ocasionando na litigância da inviolabilidade do domicilio constitucionalmente tutelado. Por este motivo, é fundamental a admissão de parâmetros para instrução das ações policiais.

Face a isto, adentrar no domicílio sem mandado judicial exige fundadas razões, em outras palavras, para justificar a tomada de uma medida tão arbitrária, se faz necessária justa causa. Uma vez que, o direito não valida uma conduta praticada sem

respeitar os recursos legais, sequer precisa acatar como legítimo um ato começado a partir da inobservância de componentes definidos como no caso de flagrante, nem deve admitir que o caso de flagrante seja comprovado somente depois de sua violação e não pode aceitar as provas produzidas através deste ato arbitrário.

Até mesmo nos crimes permanentes se faz necessário visualizar a situação de flagrante antes de adentrar a residência ou ao menos existir elementos objetivos concretos que levem a crer que naquela casa esteja ocorrendo um crime. Inaceitável é a entrada forçada por mera liberalidade, sem argumento plausível, baseada em intuição ou em denúncias anônimas.

A atual decisão do STF em Recurso Extraordinário a respeito da entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só será considerada lícita, quando respaldada em fundadas razões, durante período noturno, e desde que justificada posteriormente, as quais demonstram que dentro da casa aconteceu delito plausível de situação de flagrante, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de anulação dos atos praticados, deve servir de fundamento para as ações policiais, e também deve ser considerado pelos juízes nas seguintes demandas judiciais.

Concomitantemente com a decisão do Supremo, em proteger o direito à inviolabilidade de domicílio, na mesma medida em que resguarda as operações dos agentes estatais que podem contar com a segurança jurídica para trabalharem, pois ao respeitar as lindes da lei, não serão responsabilizados mesmo que não encontrem produtos ilícitos no interior do imóvel ou mesmo que a prisão não seja concretizada.

Para concluir, fica claro que o poder judiciário possui um papel notável, no comando posterior das ações que decorrem de violação de domicílio, independentemente de terem alcançado êxito ou não, pois nas duas situações é necessário analisar se as causas alegadas pelos agentes públicos apresentam elementos caracterizadores suficientes para permitir a entrada no domicílio, e caso não haja comprovação de justa causa, terá que declarar dizimadas as provas alcançadas e a nulidade dos atos, além da possibilidade de responsabilidade dos agentes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar A.R.C; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 2 ed. rev. ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2009.

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

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, 2 v. ____.

Tratado de direito penal. Parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 1 v.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica; 11ª edição, 2ª tiragem; editora Forense – Rio de Janeiro, 2005.

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.

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: 17 junho 2022.

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: 31 julho 2022.

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.

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: 09 fev 2022.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 287.

LOPES JR. Aury. Palestra proferida no dia 25/06/2009, na 13.^a Reunião do Fórum de Especialização e Atualização do Direito e do Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

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

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

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

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

MS 23452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 18 abr 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

Supremo Tribunal Federal. HC 70.814/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 1o de março de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 de mai 2022.

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

Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário no. 603616/RO. Disponível em: <<http://cdn2.jota.info/wp-content/uploads/2015/11/re-603616.pdf>>. Acesso: 10 mar 2022.