



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

MARÍLIA ARAÚJO GUEDES

**O ESTREITO LIMITE ENTRE AS FUNDADAS RAZÕES E A INVASÃO
DOMICILIAR NO CONTEXTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL**

JOÃO PESSOA
2024

MARÍLIA ARAÚJO GUEDES

**O ESTREITO LIMITE ENTRE AS FUNDADAS RAZÕES E A INVASÃO
DOMICILIAR NO CONTEXTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dr.^a Lenilma Cristina Sena de
Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA
2024**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G924e Guedes, Marília Araujo.

O estreito limite entre as fundadas razões e a invasão domiciliar no contexto do crime de tráfico de drogas: análise jurisprudencial / Marília Araujo Guedes. - João Pessoa, 2024.
58 f.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Inviolabilidade domiciliar. 2. Tráfico de drogas.
3. Fundadas razões. I. Meirelles, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

MARÍLIA ARAÚJO GUEDES

**O ESTREITO LIMITE ENTRE AS FUNDADAS RAZÕES E A INVASÃO
DOMICILIAR NO CONTEXTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

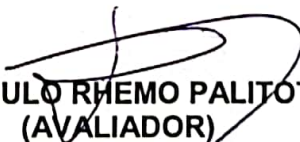
Orientadora: Dr.^a Lenilma Cristina Sena de
Figueiredo Meirelles.

DATA DA APROVAÇÃO: 06 DE MAIO DE 2024

BANCA EXAMINADORA:



**Prof.^a Dr.^a LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)**



**Prof. Dr. ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)**



**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

*Às minhas queridas avós, cujo amor e
sabedoria continuam a guiar-me, mesmo
ausentes fisicamente. Este trabalho é dedicado
à memória e ao carinho eterno que sempre
terei por vocês.*

AGRADECIMENTOS

Após o fim de uma jornada de cinco anos, seria impossível encerrá-la sem prestar meus agradecimentos a todas as pessoas que me acompanharam nessa etapa e contribuíram, de alguma forma, para que eu chegasse aqui nesse momento.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e a Nossa Senhora pela fé irredutível que me fez chegar até aqui, sou grata pela constante proteção, orientação e inspiração ao longo desta jornada acadêmica.

Aos meus pais que desde cedo instruíram eu e meu irmão a valorizar a educação, vocês que foram essenciais na minha formação pessoal e sempre acreditaram e lutaram por mim, para me proporcionar a melhor formação educacional possível. Não tenho dúvidas de que a pessoa que sou hoje é fruto de todo o amor e orientação oriundos dos dois.

Ao meu querido irmão Leonardo, agradeço por sempre me ouvir, aconselhar e ser um dos meus maiores motivadores na vida.

À minha tia Suzana, responsável pela minha formação desde a infância e ajuda nas referências para este trabalho.

À tia minha tia Deci, a senhora sempre acreditou em mim e demonstrava isso com seu jeito meigo e afetuoso de ser, sei que onde estiver a senhora está feliz por essa minha conquista.

À minha família, por seu amor incondicional, apoio constante e incentivo durante toda essa trajetória.

A minha professora e orientadora Lenilma Meirelles, cuja atenção e dedicação foram fundamentais. Além disso, gostaria de agradecer pelo privilégio de ter sido sua monitora em Processo Penal II, onde pude aprofundar meu conhecimento e desenvolver habilidades que foram essenciais para esse projeto. Sou imensamente grata pela oportunidade de aprender com uma profissional tão dedicada e inspiradora.

Aos professores Rômulo e Eduardo por terem aceitado o convite de participar da banca deste trabalho. É uma honra tê-los na minha história acadêmica.

Aos amigos do curso, notadamente Rita, Heloisa, Lucas, Giulianna, Malu, Pedro, Miguel e Letícia. Graças a todos vocês a graduação foi mais leve e não me senti sozinha ao enfrentar os desafios inerentes a essa jornada. Cada conversa, conselho, risada e apoio foram fundamentais para que eu chegasse aqui, vocês estarão marcados em minha memória.

À minha madrinha e amiga de curso Mikaely, desde o momento em que nos conhecemos, você não apenas assumiu o papel de mentora e guia, mas também se tornou uma presença constante e reconfortante em minha jornada acadêmica. Sua generosidade em compartilhar sua experiência e conhecimento foi inestimável para mim, e estou profundamente grata por todos os conselhos, orientações e apoio que você ofereceu ao longo do tempo.

Aos meus demais amigos que me encorajaram desde o início até o término da graduação, e que partilharam comigo todas as minhas alegrias como se fossem suas. Em especial, gostaria de agradecer a minha melhor amiga Sara, você sem dúvidas foi uma das minhas maiores incentivadoras, obrigada por sempre me ouvir e entender, sua amizade é extremamente valiosa para mim.

Aos meus chefes de estágio, Dr. Igor Cavalcanti e Dra. Conceição Marsicano, ambos, cada um com seu jeito e personalidade, contribuíram sobremaneira para a profissional que serei nessa próxima etapa. Além deles, gostaria de estender meus agradecimentos aos colegas de estágio por todo apoio, incentivo e risadas compartilhadas. Em particular, sou grata pelas assessoras da 2ª Vara de Entorpecentes, Natana e Gabi, além do conhecimento técnico, vocês me ensinaram a importância do trabalho em equipe e da solidariedade.

Em conclusão, gostaria de expressar minha imensa gratidão a todos que de alguma forma contribuíram em minha vida, este trabalho não é apenas meu, mas de todos vocês. Muito obrigada a todos.

“Apenas pela luta pelos direitos, que quer dizer o seu constante exercício e a sua tenaz defesa contra todo possível obstáculo, ameaça ou violação, pode ser garantida a efetiva posse e a conseguinte valorização da pessoa. Um direito não exercitado ou não defendido é destinado a caducar e, ao fim, sucumbir” (Ferrajoli, 2022).

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar como a jurisprudência pátria, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, tem interpretado as fundadas razões autorizadoras do ingresso domiciliar no crime de tráfico de drogas. Para tanto, foram utilizados como principais métodos a pesquisa bibliográfica e documental. Nesse contexto, foi examinado o direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, previsto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, bem como a situação de excepcionalidade do flagrante delito no contexto do crime de tráfico de drogas. Nesta senda, após o estudo dos aspectos legais e normativos referentes aos institutos relacionados à temática em questão, passou-se a analisar os julgados do STF e STJ à luz do RE 603.616/RO e do HC 598.051/SP, os quais representaram a mudança de entendimento que anteriormente era adotada na casuística. Desse modo, a partir dos referidos precedentes, o novo posicionamento passou a ser no sentido de apenas considerar lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. A aludida alteração impactou sobremaneira nas decisões seguintes sobre a matéria, no entanto, os recentes posicionamentos do STF demonstram que a questão ainda está longe de ser pacificada.

Palavras-chave: inviolabilidade domiciliar; tráfico de drogas; fundadas razões.

ABSTRACT

The present work aims to analyze how national jurisprudence, especially the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, has interpreted the well-founded reasons authorizing domestic entry into the crime of drug trafficking. To this end, bibliographic and documentary research was used as the main methods. In this context, the fundamental right of home inviolability, provided for in art. 5th, item XI, of the Federal Constitution, as well as the exceptional situation of the flagrant crime in the context of the crime of drug trafficking. In this sense, after studying the legal and normative aspects relating to the institutes related to the topic in question, we began to analyze the judgments of the STF and STJ in light of RE 603.616/RO and HC 598.051/SP, which represented the change of understanding that was previously adopted in casuistry. Thus, based on the aforementioned precedents, the new position became to only consider forced entry into a home without a warrant to be lawful, when supported by well-founded reasons, duly justified a posteriori, which indicate that a situation of flagrant crime is occurring inside the house. The aforementioned change had a major impact on subsequent decisions on the matter, however, the STF's recent positions demonstrate that the issue is still far from being pacified.

Key-words: home inviolability; drug trafficking; well-founded reasons.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 INVIOABILIDADE DOMICILIAR E O FLAGRANTE DELITO	14
2.1 INVIOABILIDADE DOMICILIAR: ORIGEM, CONCEITO, PREVISÃO LEGAL E EXCEÇÕES	14
2.2 O ESTADO DE FLAGRÂNCIA COMO JUSTIFICATIVA PARA INVASÃO DOMICILIAR	18
3 CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E OS ASPECTOS NORMATIVOS CORRELATOS	24
3.1 PANORAMA LEGAL DO TRÁFICO DE DROGAS PROPRIAMENTE DITO	24
3.2 O FLAGRANTE DELITO NA LEI DE DROGAS	28
3.3 BUSCA DOMICILIAR	31
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	36
4.1 PONTOS DE VIRADA JURISPRUDENCIAL	36
4.2 FUNDADAS RAZÕES NA CASUÍSTICA	41
4.2.1 Denúncia anônima	41
4.2.2 Local conhecido e fuga	42
4.2.3 Cão farejador	43
4.2.4 Fama de traficante	43
4.3 DO RECENTE POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DO STF	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A proteção ao espaço particular do indivíduo, especificamente a casa, está prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que a “casa é asilo inviolável do indivíduo”, sendo evidente que buscou o constituinte dar maior proteção à esfera privada e intimidade dos cidadãos. Contudo, como não há garantia que seja absoluta, no próprio texto constitucional há casos de exceção ao referido direito, como a hipótese de flagrante delito, sendo na esfera penal que essa situação de excepcionalidade ganha maior destaque, principalmente quando se trata do crime de tráfico de drogas.

Ocorre que no âmbito desse delito, sendo o tráfico de entorpecentes um crime permanente, isto é, aquele que o estado de flagrância perdura enquanto não cessar a permanência, é colocado, por vezes, em segundo plano a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Dessa forma, diante de um contexto de segurança pública marcado pela necessidade de reprimir prontamente atividades ilícitas, muitas vezes desenvolvidas nos recônditos dos lares, é posto em xeque a aplicação rigorosa desse princípio.

Nesse sentido, em meio ao referido entrave, as Cortes Superiores do país, através dos precedentes paradigmáticos RE 603.616/RO e HC 598.051/SP, firmaram o entendimento de que a invasão de uma residência sem autorização judicial só é permitida, mesmo durante a noite, quando respaldada por motivos concretos – as denominadas fundadas razões - devidamente explicados posteriormente, que demonstrem a ocorrência de um crime em andamento dentro da casa.

No entanto, diante da subjetividade do conceito de fundadas razões, diversas demandas chegam aos Tribunais Superiores para que, analisando o caso concreto, seja determinado se a situação que ensejou o ingresso domiciliar configurou as fundadas razões que autorizam a entrada no domicílio ou se seria o caso de violação ao supracitado princípio constitucional.

Assim, é diante da complexidade de situações envolvendo a matéria em comento que se torna imprescindível a análise jurisprudencial do tema, posto que servirá como ferramenta fundamental para compreender as nuances e desafios enfrentados pelo sistema jurídico nessa esfera.

Sendo assim, o presente trabalho possui como finalidade realizar uma análise jurisprudencial aprofundada para compreender como as “fundadas razões”

têm sido interpretadas nos casos de invasão domiciliar relacionados ao crime de tráfico de drogas, visando identificar padrões, divergências e impactos nas decisões judiciais.

Em razão disso, para melhor compreensão do tema, será abordado no capítulo inicial a conceituação, previsão legal e as demais temáticas relacionadas ao princípio da inviolabilidade domiciliar, principalmente a sua colisão com o flagrante delito. Em seguida, no capítulo dois, analisar-se-á o crime de tráfico de drogas, considerando os seus aspectos legais e as conjecturas relacionadas dentro do tema tratado, com enfoque na situação de flagrância. Por fim, no capítulo final, será realizado um estudo jurisprudencial acerca de como os Tribunais Superiores interpretam as fundadas razões autorizadoras do ingresso de domicílio no âmbito de tráfico de entorpecentes.

Desse modo, a fim de concretizar o estudo, será adotada uma abordagem qualitativa, utilizando a pesquisa bibliográfica e documental como principais métodos. A revisão sistemática da jurisprudência relevante será realizada, enfocando decisões de tribunais superiores. A análise crítica das decisões considerará não apenas os aspectos legais, mas também os impactos sociais e éticos das invasões domiciliares no combate ao tráfico de drogas.

2 INVIOABILIDADE DOMICILIAR E O FLAGRANTE DELITO

No ordenamento jurídico pátrio, especialmente nas legislações mais recentes, os direitos fundamentais ganharam destaque, de modo que é possível observar uma inversão na relação entre o Estado e indivíduo, ou seja, antes o cidadão era apenas visto como um sujeito cujos deveres se sobressaíam aos direitos. Contudo, a partir dessa inversão de mentalidade, atualmente os direitos individuais são priorizados frente aos deveres perante o Estado, enquanto os direitos estatais em relação ao indivíduo são direcionados para o propósito de aprimorar o cuidado das necessidades dos cidadãos (Branco; Mendes, 2023, p. 215).

No entanto, apesar da crescente proteção e ênfase dados aos direitos fundamentais, há alguns cenários em que ocorre a relativização de tais direitos, de modo que surgem discussões acerca da sua aplicabilidade, como é o caso da inviolabilidade domiciliar, especialmente no contexto da exceção do flagrante delito, conforme será melhor explicitado ao longo deste capítulo.

2.1 INVIOABILIDADE DOMICILIAR: ORIGEM, CONCEITO, PREVISÃO LEGAL E EXCEÇÕES

A preocupação com a proteção domiciliar é um tema que há tempos possui espaço nas sociedades, nas mais diversas civilizações. O estadista Lord Chatham, em discurso no Parlamento britânico, proferiu a célebre frase: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entres as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”.

O discurso em comento foi declamado em um contexto posterior ao fim do absolutismo, marcado pelos ideais liberais, de modo que era dado ênfase às garantias individuais, com o intuito de defender o indivíduo perante o poder do Estado. Em decorrência da proteção à liberdade, o Estado passa a adotar uma posição negativa, de não interferência (Castilho, 2023, p. 124).

Desse modo, a inviolabilidade domiciliar é um direito fundamental notório, inserido nas mais diversas fases históricas, embora seja necessário ressaltar que com uma amplitude distinta compatível com cada época, de modo que não há como falar com precisão acerca do seu surgimento. Porém, sabe-se que já constava em diplomas

legais do século XVIII a proteção à intimidade do indivíduo, especificamente ao lar, conforme previsão disposta na Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia de 1776.

Já no âmbito internacional dos direitos humanos, o direito à inviolabilidade domiciliar ganhou guarida na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em seu art. IX, *verbis*: “Toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio”. Do mesmo modo, a proteção ao domicílio também está prevista em diplomas como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), ratificado pelo Brasil, e o Pacto de San José (1969).

No que tange ao âmbito constitucional pátrio, a referida proteção tem previsão já na Carta Imperial de 1824, em seu art. 179, VII, ao disciplinar que “todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolável”. Na mesma linha, nas constituições seguintes se manteve a previsão a respeito da inviolabilidade domiciliar, excetuando-se a Constituição de 1937, que embora tenha assegurado o aludido direito, o fez de modo genérico (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2022, p. 700).

Nesse sentido, após realizada essa breve rememoração histórica do direito à inviolabilidade domiciliar, oportuno adentrar a como ele está previsto na Constituição Federal de 1988, veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (Brasil, 1988, título II, cap. I).

Além dessa previsão constitucional, o aludido direito também encontra respaldo na legislação infraconstitucional, notadamente no Código Penal (art. 150), no Código de Processo Penal (arts. 245, 246, 248, 283 e 293) e também no Código Civil (art. 70 a 78).

Isto posto, para melhor compreender do que efetivamente trata a inviolabilidade domiciliar, é preciso entender o conceito de “casa”. Inicialmente é necessário destacar que, apesar de constar no texto constitucional a palavra “casa”,

na verdade se trata do “domicílio”. Nesse sentido, para o STF a casa é “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade” (HC 79.512/RJ, DJ de 16 -5 -2003, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

No âmbito do direito civil, consta no art. 70 do Código Civil que domicílio é “o lugar onde ela estabelece a sua residência como ânimo definitivo” (Brasil, 2002, título III). Nessa perspectiva, para os civilistas Stolze e Pamplona (2019, p. 335), representa o domicílio o espaço onde “estabelece residência com ânimo definitivo, convertendo-o, em regra, em centro principal de negócios jurídicos ou de sua atividade profissional”. Depreende-se, a partir dessa conceituação, que o significa de domicílio na seara cível está atrelado tanto à esfera da vida privada, como da atividade externa.

Na perspectiva constitucional, Novelino (2023, p. 403) preceitua que:

Para fins de proteção constitucional, o conceito jurídico de casa deve ser compreendido de forma ampla, a fim de abranger não apenas a moradia, mas qualquer espaço habitado e, em determinadas hipóteses, locais onde exercidas atividades de índole profissional com exclusão de terceiros, tais como escritórios, consultórios, estabelecimentos industriais e comerciais (em áreas de acesso restrito ao público ou após o encerramento das atividades). No caso de veículos automotores, apenas quando destinados à habitação do indivíduo devem ser observados os requisitos constitucionais referentes ao domicílio.

Assim sendo, é possível perceber que a proteção domiciliar vai além do que o senso comum entende como casa, compreendendo, na verdade, a casa como o espaço de fruição da esfera privada do indivíduo, assim como também um espaço livre de intervenção que diz respeito à ocupação para o exercício de atividades profissionais ou outras atividades lícitas, podendo se configura como domicílio inclusive quarto de hotel habitado (STF – 2ª T. – RHC nº 90.376-3/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 3-4-2007).

Ademais, quanto a titularidade do domicílio, insta destacar que não depende da condição de proprietário, bastando que seja uma posse provisória. Ainda sobre o tema, a titularidade pode ser compartilhada, como nos casos em que moram mais de uma pessoa no ambiente, nesse cenário, todos os residentes são aptos a autorizar o ingresso de terceiros sendo maiores e capazes (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2022, p. 705).

Entretanto, caso haja conflito, compete ao chefe da casa (marido e mulher têm iguais direitos e prerrogativas, por força do art. 226, § 5º, da CF) ou da comunidade (diretor de internatos, superior de conventos etc.) a palavra definitiva. Em caso de persistência do conflito, a divergência deve ser resolvida em favor da proibição de ingresso ou de permanência na casa.

Ainda sobre o consentimento, é imperioso pontuar que não é necessário que seja expresso ou por escrito, porém deve ser realizado de forma prévia e livre de qualquer coação. Isto se denota do próprio sentido da palavra, visto que se exige uma livre vontade para que o ato seja considerado consentido. Oportuno destacar que “a qualquer momento pode o moderador interromper o consentimento dado, expulsando os agentes da autoridade de seu domicílio” (Nucci, 2020, p. 958).

No entanto, em que pese, como regra, seja necessário a autorização do morador para que torne permitido o ingresso no domicílio, a Constituição estabelece hipóteses em que, ainda que não haja consentimento, é possível a entrada no domicílio. Desse modo, ainda no inciso XI, do art. 5º da Constituição, consta que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, [...] salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (Brasil, 1988, título II, cap. I).

Assim, ao mesmo tempo em que garante a proteção ao domicílio, o próprio texto constitucional traz de forma expressa as hipóteses de exceção. Acerca delas, entende José Afonso da Silva que:

O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que este asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada. [...] **Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da Justiça, apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime** (Silva, 2007, p. 437, grifo próprio).

Diante disso, passar-se-á a analisar brevemente cada uma delas. A situação de excepcionalidade do desastre é compreendida doutrinariamente como sendo aquela relacionada a algum acontecimento calamitoso. Já em relação a eventualidade de “para prestar socorro”, trata-se de uma circunstância que é

autoexplicativa, ou seja, é aquela situação em que algum indivíduo está correndo sério risco e não se tenha como obter a permissão de entrada.

Além dos casos acima, é possível a ultrapassagem dos limites da residência alheia sem o consentimento do morador em situações autorizadas pelo Judiciário, embora, importante frisar que as diligências exercidas em virtude de determinação judicial devem ocorrer exclusivamente durante o período diurno, definido como o intervalo entre o nascer e o pôr do sol (Branco; Mendes, 2023, p. 444).

Por fim, em relação à última hipótese, o flagrante delito, esta será melhor aprofundada no próximo tópico, dada a sua importância no âmbito processual penal e sua relação com o tema do presente trabalho. Os demais casos, como o “desastre” e “prestar socorro”, não se aplicam ao processo penal, pois seria, para Lopes Jr. (2022a, p. 664), um contrassenso aceitar a invasão policial usada com fundamento nesses pretextos, uma vez que no interior da residência poderia ocorrer desvio de finalidade por parte dos policiais.

2.2 O ESTADO DE FLAGRÂNCIA COMO JUSTIFICATIVA PARA INVASÃO DOMICILIAR

Conforme a etimologia da palavra, o flagrante tem origem do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. Nesse sentido, de acordo com Júlio Fabbrini Mirabete (1994), o flagrante, em termos gerais, pode ser descrito como a ocorrência de um delito óbvio, indiscutível e incontestável, que possibilita a detenção de seu autor sem a necessidade de um mandado, devido a ser considerado a “certeza visual do crime”.

No mesmo sentido, Carnelutti (1950, p. 77) entende que o flagrante está intimamente relacionado com o conceito de visibilidade, sendo então a “chama que denota com certeza a combustão, quando se vê a chama, é inquestionável que alguma coisa arde”.

Nessa perspectiva, é possível definir o flagrante como sendo o momento em que o crime ainda está acontecendo ou que acabou de ser cometido, de modo que para que a situação seja caracterizada como flagrante, é necessário analisar em qual etapa está do *iter criminis*.

No âmbito legal, consoante o art. 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (Brasil, 1941, título IX, cap. III).

Além disso, na forma do art. 301 do mesmo diploma, “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (Brasil, 1941, título IX, cap. III). Nesse sentido, infere-se que o flagrante é caracterizado pelo momento do crime, seja imediato ou logo após, sendo possível que qualquer pessoa efetue a captura do flagranteado ou também, de forma obrigatória, às autoridades competentes.

Desse modo, a partir da leitura desses dispositivos, é possível classificar o flagrante em diferentes espécies (Nucci, 2024, p. 682).

A primeira delas, o flagrante facultativo, é o que está previsto na primeira parte do art. 301 do CPP (Brasil, 1941, título IX, cap. III), caracterizado pela faculdade da pessoa que está diante dele em efetuar ou não o flagrante. Trata-se, portanto, de uma opção que o indivíduo tem de realizar o flagrante.

Por outro lado, o flagrante obrigatório está disposto na parte final deste artigo, ao mencionar que as autoridades policiais e seus agentes deverão realizar a prisão em flagrante de quem quer que seja encontrado nessa situação de flagrância, de maneira que aqui há uma obrigação, não mais uma mera faculdade. Sendo assim, a diferença entre o flagrante obrigatório e o facultativo reside na pessoa que visualizou o indivíduo cometendo o crime, é a condição pessoal do espectador que dita isso.

Outro tipo de modalidade, o flagrante próprio (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro), por sua vez, é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (Brasil, 1941, título IX, cap. III, art. 302, inc. I e II), sendo o conceito mais tradicional do que seria o flagrante.

O flagrante impróprio, em contrapartida, ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (Brasil, 1941, título IX, cap. III, art. 302, inc. III). Inclusive, é oportuno

diferenciar a expressão “logo após” do inciso III e a expressão “acaba de cometê-la” do inciso anterior. Segundo ensina Capez (2024, p. 184):

[...] devemos interpretar a expressão **“acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade**, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).

[...]

No caso do flagrante impróprio, a expressão “logo após” não tem o mesmo rigor do inciso precedente (“acaba de cometê-la”). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, **“logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor**. Não tem qualquer fundamento a regra popular de que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta (grifo próprio).

Portanto, o que distingue o flagrante próprio do flagrante impróprio é caracterização de imediatidade, se esta está configurada, então o flagrante é próprio, porém se há um certo lapso temporal entre o cometimento do crime e a apuração dos fatos, resta configurado o flagrante impróprio.

Na mesma linha, há também a espécie do flagrante presumido (ficto ou assimilado), sendo aquele em que o sujeito é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (Brasil, 1941, título IX, cap. III, art. 302, inc. IV). Assim, o que indica o flagrante ficto não é a visualização do infrator cometendo o crime em si, mas sim a presunção dadas as circunstâncias em que ele é encontrado. Insta destacar que quanto a esta espécie, a expressão “logo depois” comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, do flagrante impróprio.

Acerca do flagrante preparado ou provocado, nas palavras de Damásio de Jesus (1988, p. 176) “ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consume”. Essa espécie de flagrante é, inclusive, objeto da Súmula 145 do STF, *in verbis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Conclui-se, desse modo, que não há crime quando se está diante da hipótese de flagrante preparado.

O flagrante prorrogado, previsto no art. 8º da Lei n. 12.850/2013, chamada de Lei do Crime Organizado, consiste em uma ação controlada e vigiada, com o objetivo de retardar a intervenção policial. Essa espécie será tratada no capítulo seguinte, quando será abordada à luz da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Por derradeiro, há duas últimas espécies de flagrante: o esperado e o forjado. O primeiro acontece quando os agentes policiais ou o terceiro aguardam o momento do cometimento do crime, sem que ajam de forma a induzir ou instigar a consumação do delito. O segundo tipo ocorre quando os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, nesta hipótese é evidente que não há crime e quem forjou a situação deverá ser responsabilizado penalmente por abuso de autoridade.

Ato contínuo, ainda consoante o CPP, no caso dos crimes permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Para tornar mais compreensível o artigo, oportuno transcrever exemplo dado por Capez (2024, p. 187): “no crime de sequestro, enquanto a vítima permanecer em poder dos sequestradores, o momento consumativo se protraí no tempo e, a todo instante, será possível efetivar o flagrante”.

Ainda em relação ao flagrante e o crime permanente, leciona Moraes da Rosa (2014) que a permanência deve ser anterior à violação de direitos, ou seja, a permanência deve ser posta e não imaginada.

É diante desse contexto que a relação entre a inviolabilidade domiciliar e o flagrante delito se revela maior acentuada, pois conforme mencionado anteriormente, uma das hipóteses de exceção a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar é o flagrante delito. Sendo assim, em tese, em situações que o flagrante está acontecendo no interior de algum lar, é permitido que o agente policial ou qualquer do povo, invada o domicílio alheio em prol da captura do indivíduo em flagrante.

Nesta senda, observadas todas as hipóteses de flagrante e suas nuances, cumpre estabelecer que há um ponto crucial: a preservação da inviolabilidade domiciliar é fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em um elemento fundamental para assegurar aos cidadãos a segurança em seu ambiente residencial e a salvaguarda de sua intimidade. No entanto, é comum que essa salvaguarda entre em conflito com a necessidade de efetividade das atividades policiais, as quais demandam celeridade para prevenir e reprimir atividades criminosas.

Inclusive, sobre o tema, Aury Lopes Jr. (2022b, p. 43) aponta essa situação como sendo a difícil missão do processo penal, isto é, da necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais. É perceptível, desse modo, o conflito aparente entre o dever da segurança pública e o respeito aos direitos individuais, notadamente a inviolabilidade domiciliar.

Nota-se, então, que o direito à inviolabilidade domiciliar fica em segundo plano diante da necessidade de realizar a prisão em flagrante. Essa situação se torna ainda mais corriqueira nos casos de crimes permanentes, em que o flagrante perdura na medida em que o crime de protraí ao longo do tempo, de modo que torna legal a invasão de domicílio a qualquer momento, ante o patente estado de flagrância.

Dessa forma, ainda que aparentemente a resolução do conflito seja simples, visto que há previsão na própria constituição que no caso do flagrante delito não se faz necessário o consentimento, as constantes demandas que chegam ao judiciário alegando violação domiciliar diante da abusividade da conduta das autoridades policiais provam que a questão é muito mais complexa do que aparenta.

Ainda em relação a essa interpretação literal da CF, no sentido de admitir qualquer invasão domiciliar que seja amparada pelo flagrante delito, assevera Valois (2017, p. 413) que o referido posicionamento é completamente descabido. Vejamos o que aponta o autor:

Imaginando ter a Constituição Federal realmente pretendido autorizar a invasão de domicílio em todas as hipóteses considerados pelo legislador ordinário como crime permanente, ter-se-ia como possível o absurdo de a polícia poder entrar no lar de qualquer cidadão que possua um CD, um DVD ou qualquer programa de computador copiada sem a autorização do autor (184, §2º, do Código Penal), independentemente de mandado judicial. Tal situação tornaria a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio inócua. Portanto, a justificativa de crime permanente, principalmente se considerada a inflação legislativa, ou a overcriminalization, coma punição de diversas condutas de posse, não deve ser ampliada como está sendo.

Nesse sentido, considerando essas posições antagônicas, denota-se a cristalina tensão entre o direito à inviolabilidade domiciliar e o direito/dever de efetuar a prisão em flagrante, o que resulta em discussões acerca de qual direito deve prevalecer. Inclusive, sobre a matéria, leciona Carvalho (2014, p. 23) que:

[...] o direito processual penal é a própria essência da colisão de princípios constitucionais (veja-se, por exemplo, o princípio da liberdade, de um lado, consagrado no art. 5º da Constituição, e o princípio da segurança pública,

assegurado pelo mesmo dispositivo). Ele é o palco iluminado onde os mais caros princípios constitucionais digladiam.

Sendo assim, é diante desse contexto e com intuito de fornecer certos limites para a visão tradicional sobre a legitimação da situação de crime/flagrante permanente para o ingresso da polícia em domicílio sem mandado de busca, que o papel do Poder Judiciário, especialmente da Cortes Superiores, ganha maior destaque, visto que compete a eles definirem os parâmetros legais para que a invasão domiciliar ocorra de forma válida e respeitando os ditames legais.

3 CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E OS ASPECTOS NORMATIVOS CORRELATOS

Tecidas as considerações acerca da inviolabilidade domiciliar e o flagrante delito, este capítulo terá como foco a análise do crime de tráfico de drogas no contexto do estado de flagrância. Este tema é de extrema relevância no campo jurídico, pois envolve a intersecção entre a legislação sobre drogas e os procedimentos de intervenção policial para reprimir essa prática ilícita.

Diante desse contexto, este capítulo se propõe a explorar em detalhes como o estado de flagrância é aplicado e interpretado em casos de tráfico de drogas, bem como os desafios e complexidades enfrentados pelas autoridades na caracterização e abordagem desse crime.

Neste sentido, a análise se desdobrará em diferentes aspectos, desde a definição dos elementos legais que caracterizam o crime de tráfico de drogas até o estudo sobre a busca domiciliar.

3.1 PANORAMA LEGAL DO TRÁFICO DE DROGAS PROPRIAMENTE DITO

A repressão ao tráfico de drogas é uma preocupação da política criminal do País, sendo evidente desde a leitura da Constituição Federal, uma vez que em seu art. 5º, inciso XLIII, está previsto um tratamento diferenciado e mais severo ao aludido crime ao incluí-lo, junto a outros delitos de extrema gravidade (como a tortura), na categoria de crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Desse modo, uma vez que no principal diploma legal do ordenamento jurídico pátrio há um tratamento distinto dado ao crime de tráfico de drogas, é compreensível o fato de existir uma lei própria que discipline e regule seus procedimentos, penas e outros aspectos legais.

Atualmente o diploma que trata do crime de tráfico de entorpecentes é a Lei 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, cujo escopo maior é a concretização do mandado constitucional de criminalização explícito.

Nesse sentido, a promulgação da Lei 11.343/06 resultou na consequente revogação expressa dos diplomas anteriores que tratavam do tema, quais sejam, as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, a primeira dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, ao passo que

a outra tratava acerca da prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física.

Diante desse contexto, as inovações legislativas que vieram a partir da promulgação da Lei de Drogas e que a diferenciava das suas antecessoras foram as seguintes:

- (a) não imposição de pena privativa de liberdade a quem possui drogas para consumo pessoal (art. 28);
 - (b) criação de crime especial para a pequena cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto (“cedente eventual”);
 - (c) criação do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º);
 - (d) elevação da pena do tráfico de drogas (art. 33);
 - (e) tipificação do financiamento ou custeio ao tráfico (art. 36);
 - (f) instituição de novo rito processual etc.
- (Masson; Marçal, 2022, p. 30).

Cabe mencionar que a aludida lei foi dividida em seis títulos, iniciando com as disposições preliminares, posteriormente dispõe acerca do Sisnad (Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas), no terceiro título são abordadas as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Já no título IV é tratado especificamente sobre a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, de modo que é neste título que estão inseridos os crimes. Por fim, nos títulos finais foram regulamentados e discutidos temas como a cooperação internacional, o financiamento das políticas sobre drogas e também as disposições finais e transitórias.

Entretanto, tendo em vista que o tema dessa monografia não visa tratar de forma detalhada acerca da Lei de Drogas, mas sim tem o intuito de estudá-la à luz do contexto das fundadas razões e a invasão domiciliar, fez-se necessário realizar um recorte dentro dos crimes previstos nessa Lei. Em razão disso, optou-se pela restrição ao disposto no art. 33, *caput*, isto é, o tráfico propriamente dito.

Assim, logo de início, é oportuno definir o conceito de drogas, para fins da Lei 11.343/06 “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único).

A partir da leitura desse dispositivo é possível concluir que os crimes dispostos nesta lei são normas penais em branco, ou seja, normas que dependem de complementação por outra norma jurídica para concluir a descrição da conduta

proibida. No caso, a lei de Drogas é complementada pela Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, esta que traz o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

Ademais, em relação ao tráfico de entorpecentes propriamente dito, este está previsto no art. 33, *caput*, da supracitada lei, *verbis*:

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Brasil, 2006, título IV, cap. II).

Nota-se que o núcleo do tipo é composto por 18 verbos, de modo que é possível classificar o crime como sendo de ação múltipla. Imperioso pontuar que nesses delitos, caso o agente realize mais de um núcleo, em relação ao mesmo objeto material, responderá apenas por um único delito, em que pese a pluralidade de condutas possa influenciar na exasperação da pena na fase da dosimetria.

No entanto, apesar da diversidade de condutas que podem caracterizar esse crime, para os fins desse estudo é adequado se ater apenas as modalidades que se caracterizam como crime permanente, sendo elas: expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar. Com o fito de melhor entender o cerne de cada conduta, faz-se oportuno trazer à baila as definições constantes na doutrina, veja-se:

[...]

9) **Expor à venda:** verifica-se com a exibição da droga para fins de alienação onerosa a terceiros, o que pode ocorrer em local aberto ao público (festa) ou privado (casa, local de trabalho). Trata-se de crime permanente, cuja consumação perdura no tempo, enquanto a droga estiver exposta à venda, autorizando a prisão em flagrante a qualquer tempo, enquanto durar a permanência.

[...]

11) **Ter em depósito:** significa manter em estoque a droga pertencente ao próprio agente – daí o caráter de crime permanente¹⁰⁶ – em determinado local (armazém, galpão etc.), de maneira que seja possível, se necessário, seu deslocamento para outro lugar. Essa mobilidade e a provisoriedade do depósito são características desse núcleo do tipo.

12) **Transportar:** é a ação de levar a droga de um lugar para outro, por intermédio de algum meio de locomoção, sem a possibilidade de uso imediato (exemplo: o agente esconde pacotes de maconha na lataria de seu veículo e os transporta para outra localidade).¹⁰⁷

13) **Trazer consigo:** é a ação de levar a droga de um lugar para outro, porém com a relação de proximidade física entre a droga e o agente (exemplos: droga dentro de uma mochila, nos bolsos do casaco ou dentro do próprio

corpo, como ocorre na hipótese da ingestão de cápsulas sintéticas pelas “mulas do tráfico”).

14) **Guardar:** trata-se da mera ocultação da droga. Como observa Vicente Greco Filho, “apesar da semelhança entre ações de ter em depósito e guardar, na medida em que ambas indicam uma retenção física da coisa, é possível interpretá-las diferentemente porque ter em depósito expressa um sentido de provisoriedade e mobilidade do depósito, ao passo que guardar não sugere essas circunstâncias, compreendendo a ocultação pura e simples, permanente ou precária. Portanto, o ato de guardar é mais genérico, ‘mas têm ambos sentido bastante aproximado de modo a ser difícil, às vezes, sua diferenciação’.”¹⁰⁸ Preferimos, entretanto, outro critério para a diferenciação dos referidos núcleos. Com efeito, para Nelson Hungria,¹⁰⁹ ter em depósito significaria a retenção da droga que lhe pertence, enquanto o ato de guardar indicaria a retenção da droga pertencente a terceiro. De toda sorte, insta notar que “o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, no caso, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal” (Masson; Marçal, 2022, p. 64, grifo próprio).

Nesse cenário, apontam Masson e Marçal (2022, p. 67) algumas importantes consequências advindas da identificação de alguns núcleos típicos do narcotráfico como crime permanente, tais como:

- (a) a prescrição da pretensão punitiva tem como termo inicial a data em que cessar a permanência (CP, art. 111, III);
- (b) torna-se possível a prisão em flagrante a qualquer tempo, enquanto subsistir o estado de permanência (CPP, art. 303);
- (c) tem-se por dispensável o mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do agente que, por exemplo, guarda droga em seu interior.

É justamente em virtude das consequências mencionadas nos itens “b” e “c” que a situação da invasão domiciliar se torna ainda mais frequente no crime de tráfico de drogas, uma vez que a dilatação da situação de flagrância gera um permissivo legal para o ingresso no domicílio.

Outrossim, continuando a análise dos aspectos legais relacionados ao delito insculpido no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, este é um crime de ação penal pública incondicionada, cujas penas são de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. O bem jurídico tutelado é a saúde pública e o objeto material a droga.

Em relação ao sujeito ativo, trata-se de crime comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa. A única exceção nesse âmbito é no tocante ao verbo “prescrever”, pois, nesse caso, configura crime próprio, somente podendo ser cometido por médicos ou dentistas. O sujeito passivo, por sua vez, é a coletividade, sendo esta uma consequência do bem jurídico tutelado, que é a saúde pública. Por

fim, quanto ao aspecto subjetivo, é o dolo, que não se presume, sendo suficiente que seja genérico (Marcão, 2021, p. 52).

Para finalizar, convém mencionar que o tráfico de drogas propriamente dito é um delito que não se admite a transação penal e nem a suspensão condicional do processo, visto que não se trata de infração penal de pequeno potencial ofensivo e também a pena privativa de liberdade cominada não se ajusta ao disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, ou seja, é maior que um ano.

3.2 O FLAGRANTE DELITO NA LEI DE DROGAS

O crime de tráfico de drogas possui um rito processual próprio, disposto a partir do art. 48 da Lei 11.343/2006, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, conforme disposto no nesse mesmo artigo.

É de ver, contudo, que o procedimento do flagrante previsto na Lei de Drogas é similar ao que está disposto no Código de Processo Penal, sendo assim, após capturado o agente em flagrante, deverá o preso ser apresentado à autoridade competente, esta que ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Posteriormente, será realizada a oitiva das testemunhas que o acompanharem e o interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade o auto, consoante art. 304, CPP.

Vale transcrever trecho da doutrina que exemplifica bem todo o procedimento que deverá ser efetuado, veja-se:

Efetuada a prisão do sujeito, a autoridade policial o informará acerca dos seus direitos previstos no art. 5º da Constituição da República [...]

Seja como for, realizado o ato flagrancial e promovida a comunicação⁷²⁶ da prisão ao juiz, ao Ministério Público, à família do preso (ou à pessoa por ele indicada) e à defesa – e não somente ao juiz, como giza o art. 50, caput, da Lei de Drogas –, e expedida a nota de culpa,⁷²⁷ no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, o juiz deverá realizar a audiência de custódia ou de apresentação⁷²⁸ com a presença do autuado, de seu defensor (constituído ou não) e do membro do Ministério Público, oportunidade na qual entrevistará o preso e, entre outras providências, deverá:⁷²⁹ (a) assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; (b) dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; (c) questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de

exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se⁷³⁰ com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; (d) indagar sobre as circunstâncias de sua prisão; (e) perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis; (f) verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que não tiver sido realizado; os registros se mostrarem insuficientes; a alegação de tortura e maus-tratos se referir a momento posterior ao exame realizado; o exame tiver sido realizado na presença de agente policial; (g) abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto da prisão (Masson; Marçal, 2022, p. 259-261).

Especificamente no âmbito da Lei 11.343/2006, de acordo com o §1º do art. 50, “para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga” (Brasil, 2006, título IV, cap. III).

Ainda outro ponto singular acerca do flagrante nesta lei especial está relacionado ao tratamento dado ao flagrante prorrogado, este que, conforme mencionado anteriormente, consiste em uma ação controlada e vigiada, com o objetivo de retardar a intervenção policial. Essa espécie de flagrante na Lei de Drogas é disciplinada no art. 53, inciso II, podendo ocorrer em qualquer fase da persecução (Lopes Jr., 2022a, p. 853).

Consta nesse dispositivo que nesse caso a não-atuação policial tem a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Contudo, para realizar tal procedimento deverá a autoridade policial obter autorização judicial e deverá ser ouvido o representante do Ministério Público, de maneira que, para que seja concedida tal autorização, devem ser informados o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Deve ser mencionado, no entanto, que segundo Marcão (2021, p. 215) “a regra só é aplicável quando a investigação tiver por foco atividades praticadas por ‘organizações criminosas’ ou a elas vinculadas, não se prestando a outras hipóteses de incursões ilícitas”.

No mesmo contexto, assevera o jurista Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 121) que a exceção constitucional – a autorização da inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito - apenas pode ser utilizada nos casos de flagrante próprio, sem abranger as situações descritas nos incisos III e IV do artigo

302 do CPP, visto que isso implicaria em aceitar que o legislador comum restringisse o alcance da garantia.

Em virtude disso, depreende-se que para invasão domiciliar se enquadrar na hipótese de exceção prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, deve o agente ter sido surpreendido cometendo uma infração penal ou acabando de cometê-la. Caso o agente tiver sido flagrado em perseguição, logo após cometer o ilícito, ou o sujeito fosse encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, não seria aplicada a exceção constitucional, de modo que seria ilegal a invasão nessas situações.

Além disso, pontua Lopes Jr. (2022a, p. 853) que uma das diligências necessárias para legitimar a imputação do crime de tráfico é a apreensão da droga e a confirmação pericial de sua natureza, ou seja, o laudo de constatação. Sobre o tema, vejamos jurisprudência:

Nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte Superior, é imprescindível a apreensão da droga para que a materialidade delitiva possa ser aferida, ao menos, por laudo preliminar, para que se possa comprovar sua aptidão para causar dependência física ou psíquica. Precedentes. (STJ, AgRg no AgRg no HC 492.906/MS, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 3-9-2020, DJe de 12-9-2020).

É imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas (HC 432.738/PR, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27-3-2018). (STJ, AgRg no REsp 1.823.847/PR, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 5-3-2020, DJe de 23-3-2020).

Convém destacar que esse laudo preliminar é uma condição de procedibilidade da ação penal nesses delitos, não podendo a denúncia ser recebida sem ele (Rangel; Bacila, 2007, p. 184). Sendo assim, o laudo de constatação no delito de tráfico de drogas não tem condão para legitimar uma sentença condenatória.

Outro ponto distinto do procedimento da prisão em flagrante no rito especial da lei de drogas é que, caso a prisão em flagrante se converta em preventiva, o prazo para conclusão do inquérito é menor, de 30 dias, ao passo que caso seja concedida a liberdade provisória ao acusado e ele esteja solto, o prazo para o término do inquérito é de 90 dias (art. 51). Frisa-se que ambos os prazos podem ser duplicados pelo juiz, mediante pedido justificado da autoridade policial.

Em resumo, o tratamento dado ao flagrante delito na Lei de Tóxicos é bastante similar ao previsto no CPP, com algumas distinções tendo em vista a especialidade da legislação que rege esse tipo de delito.

Contudo, apesar desses regramentos infraconstitucionais, bem como os constitucionais, na prática a caracterização do flagrante delito em crimes de tráfico de drogas enfrenta desafios específicos. Para Nadelmann (1990, p. 512), a facilidade com que as drogas são escondidas é um dos motivos do insucesso da política (polícia) internacional proibicionista, assim como da política (polícia) proibicionista como um todo.

Diante do que fora exposto, é nítida a relevância do flagrante delito no tocante ao crime de tráfico de drogas, uma vez que a situação de flagrância está intimamente relacionada com a colheita de evidências para fins de investigação criminal e, conseqüentemente, a persecução penal.

Nessa perspectiva, a busca domiciliar se revela como sendo uma medida de suma importância na apreensão de substâncias entorpecentes e demais apetrechos relacionados ao crime de tráfico. Sendo assim, o encontro entre a busca domiciliar e o flagrante no delito de tráfico de entorpecentes, atinge um papel primordial na percepção e adequada aplicação do processo penal e o direito penal, principalmente no que tange à salvaguarda dos direitos individuais e à promoção da segurança pública.

3.3 BUSCA DOMICILIAR

O processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, de modo que possa o juiz, através dessa reconstrução fática, ter meios para julgar o processo. Nesse cenário, é por meio das provas que será possível ser efetuado essa retrospectiva.

Esse processo reconstutivo é o que Aury Lopes Jr. (2022a, p. 395) chama o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: “[...] um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)”.

Em virtude disso, infere-se que a prova no processo penal é de extrema relevância, visto que é a partir dela que o juiz poderá realizar sua atividade recognoscitiva. No entanto, a prova dificilmente durará para sempre e, em razão disso, a busca e apreensão se revelam como meios para garantir a integridade da prova para que ela não seja destruída ou perdida ao longo do processo.

Acerca da busca e apreensão, apesar de comumente os termos sempre estarem acompanhados, impede destacar que se tratam de institutos distintos. A busca pode ser realizada a qualquer tempo, inclusive durante a execução da pena, sendo, portanto, uma medida instrumental, isto é, um meio de obtenção de prova cuja finalidade é encontrar pessoas ou coisas (Capez, 2024, p. 157).

A apreensão, por sua vez, tem o intuito de garantir a prova ou ainda pode assumir uma feição assecuratória e servir posteriormente, a depender do caso, para restituição ao legítimo dono (Lopes Jr, 2024, p. 240).

Dando continuidade, após esclarecida a distinção entre os dois institutos, a busca domiciliar está regulamentada no Código de Processo Penal a partir do art. 240, podendo ser ela domiciliar ou pessoal, porém, tendo em vista o tema do presente estudo, mostra-se mais pertinente estudar apenas a hipótese da busca domiciliar.

Ab initio, conforme já esclarecido alhures, o domicílio no processo penal tem uma amplitude maior do que no direito civil. Além disso, consoante §1º, do art. 240 do CPP (Brasil, 1941, título VII, cap. XI), a busca domiciliar será realizada quando as fundadas razões a autorizarem para:

§ 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.

Para Aury Lopes Jr. (2024, p. 240) o primeiro imbróglio referente a busca domiciliar reside já no §1º ao constar na sua redação a expressão “fundadas razões”. O autor entende que essa expressão é ambígua, o que gera um espaço perigoso de

discricionariedade e subjetividade judicial. Desse modo, em razão da natureza invasiva da medida, não pode a busca domiciliar ser banalizada, devendo ser claro e bem definido o seu objetivo.

Ademais, como regra, as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite (Brasil, 1941, título VII, cap. XI, art. 245), no entanto, o art. 5º, XI, da CF fornece as hipóteses em que a garantia da inviolabilidade do domicílio (garantia do indivíduo) cede passo ao interesse público na persecução penal, relativizando-se, como é o caso do flagrante delito (Capez, 2024, p. 157).

É nesse cenário, ou seja, de busca domiciliar justificada no flagrante delito que residem os maiores entraves jurídicos, principalmente quando se trata de crimes permanentes – como o tráfico de drogas -, posto que nesses casos o flagrante é igualmente permanente.

Entretanto, o entendimento jurisprudencial firmado no Habeas Corpus nº 762932 – SP é de que a natureza permanente do delito não autoriza, por si só, a entrada em domicílio sem mandado, nesse cenário, só será admitido o ingresso no domicílio quando configurada a situação de urgência. Vejamos trecho do julgado:

[...] b) O **tráfico ilícito de entorpecentes**, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em **situações de urgência**, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada [...]
(HC n. 762.932/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 30/11/2022, grifo próprio).

No caso objeto do acórdão, foi concedida a ordem em razão de não ter havido as fundadas razões, nem tampouco comprovação de consentimento válido para a realização de buscas por drogas no domicílio do paciente, de modo que foi a ilicitude das provas por esse meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, foi absolvido o acusado.

Desse modo, como consequência da ilegalidade ocorrida na invasão domiciliar, foi reconhecida a ilicitude das provas, isto pois, segundo o art. 5º, LVI, da CF, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O CPP, por sua vez, dispõe que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo,

as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Brasil, 1941, título VII, cap. I, art. 157).

A doutrina estabelece uma distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, sendo as primeiras aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material, ao passo que a prova será ilegítima se sua obtenção infringir norma processual dizendo respeito à própria produção da prova (Bonfim, 2024, p. 179).

No entanto, com a redação pela Lei nº11.690/2008 ao art. 157, o Código de Processo Penal afastou essa distinção entre provas ilícitas e ilegítimas feita pela doutrina e jurisprudência, passando a considerar como prova ilícita aquela que viole tanto disposições materiais quanto processuais. Assim, são tratadas como ilícitas as provas cuja obtenção infrinja tanto normas de procedimento quanto normas substantivas.

De qualquer modo, sendo a prova ilícita, será ela considerada inadmissível no processo, devendo ser desentranhada. Indo mais profundo, também as provas ilícitas por derivação têm sido inaceitáveis tanto pela jurisprudência como pela doutrina. Em relação a esse tipo de provas, assevera Bonfim (2024, p. 180) que:

Trata-se da prova que, conquanto **isoladamente considerada possa ser considerada lícita, decorra de informações provenientes da prova ilícita.** Nesses casos, **aplica-se a denominada teoria dos fruits of the poisonous tree**, criada pela Suprema Corte norte-americana (Vide Norman M. Garland e Gilbert B. Stuckey, *Criminal evidence for the law enforcement officer: exclusionary rule*, p. 295). Conforme sugere a expressão inglesa, a teoria é no sentido de que **as provas ilícitas por derivação devem ser igualmente desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício de ilicitude do meio usado para obtê-las.** A contaminação, entretanto, não atinge a prova colhida durante o processo penal, se a prova ilícita instruiu apenas o inquérito policial (grifo próprio).

A teoria dos “*fruits of the poisonous tree*”, traduzida para dos frutos da árvore envenenada, originária do direito norte-americano, tem como finalidade considerar como ilícitas provas ainda que obtidas licitamente, uma vez que a sua origem é eivada de vícios, sendo a contaminação, portanto, derivada. Por isso no nome da teoria existe a metáfora de uma árvore envenenada, posto que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Nessa perspectiva, no âmbito nacional, Grinover, Scarance e Magalhães (1993, p. 116) reafirmam a aludida teoria, asseverando que “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os

princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo”.

Igualmente, na esfera legal, o art. 157 do CPP acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada e trouxe limites a ela. O primeiro diz respeito a limitação da fonte independente (*independent source limitation*), prevista no §1º do dispositivo, essa restrição dispõe que se entre a prova derivada e a prova ilícita tiver uma conexão frágil, não sendo evidenciada uma relação de causa e efeito, será considerada a prova derivada como fonte autônoma.

A segunda limitação se refere a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), reporta-se, desse modo, àqueles acasos em que por si só, ou seja, seguindo os procedimentos típicos investigatórios, seria inevitável obter a prova por meios legítimos.

Por último, a terceira forma de limitação a teoria dos frutos da árvore envenenada se chama serendipidade ou encontro fortuito de provas, esta restrição diz respeito as situações nas quais ocorre o encontro fortuito de uma prova relacionada a fato diverso daquele que está sendo investigado. Essa limitação é aceita pelo STJ e pelo STF (Capez, 2024, p. 146).

Dessa forma, após analisados os aspectos legais relacionados ao crime de tráfico de drogas, o procedimento do flagrante e a busca domiciliar, será examinado a seguir como os Tribunais Superiores têm se posicionado no tocante a inviolabilidade domiciliar no crime de tráfico de drogas, especialmente a interpretação dada as fundadas razões autorizadoras do ingresso no domicílio.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Conforme visto nos capítulos anteriores, a temática da invasão domiciliar sob o fundamento da visualização do flagrante delito resulta em diversas discussões acerca do tema. Por um lado, há quem interprete o permissivo constitucional previsto na parte final do inciso XI, do art. 5º, de forma literal, de modo que não há que se questionar a legalidade dessas invasões desde que fundamentadas em algumas das hipóteses de exceção ao direito a inviolabilidade domiciliar, especialmente o caso do flagrante.

Em contrapartida, há outra linha que defende a necessidade de haver um controle judicial em relação a essas invasões justificadas pelo flagrante delito, posto que caso contrário, estaria acontecendo um esvaziamento do núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa, o que permitiria ingerências arbitrárias no domicílio.

Nesse cenário, sendo evidente o entrave entre a garantia à segurança pública e a necessidade de proteção ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, demandas sobre essa temática comumente chegam ao Judiciário para que seja pacificado o entendimento sobre a lide em comento.

Diante desse contexto, o entendimento anterior das Cortes Superiores era no sentido de afirmar, sem ressalvas, que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente. Contudo, conforme será visto adiante, dois precedentes paradigmáticos do STF e do STJ modificaram totalmente a posição que antes vinha sendo adotada, tendo reverberado diretamente em precedentes posteriores acerca da questão da invasão domiciliar no contexto do crime de tráfico de drogas.

4.1 PONTOS DE VIRADA JURISPRUDENCIAL

Conforme mencionado, dois precedentes marcaram o ponto de virada no entendimento jurisprudencial acerca da matéria já supracitada, sendo eles o RE 603.616/RO, do STF, e o 598.051/SP, do STJ, ambos que serão analisados a seguir.

4.1.1 Recurso Extraordinário nº 603.616/RO

Considerando a ordem cronológica, o primeiro julgado que simbolizou esse ponto de virada da antiga posição jurisprudencial sobre o tema foi o Recurso Extraordinário 603.616/RO, cuja relatoria foi do Ministro Gilmar Mendes e o ano de julgamento 2015.

O caso objeto do acórdão versava sobre uma situação de tráfico de drogas em que a defesa aduziu que eram ilícitas as provas obtidas mediante a invasão do respectivo domicílio por autoridades policiais, pois ausente o necessário mandado de busca e apreensão, desse modo, teria sido violado o art. 5º da Constituição, notadamente os incisos LVI e XI.

Em seu voto, o ministro relator já indicava o que estava por vir, uma vez que logo nos segundo e terceiro parágrafo fez a seguinte afirmação:

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

Pretendo demonstrar que essa tese esvazia a inviolabilidade domiciliar, contrariando a interpretação sistemática da própria Constituição e tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário. Por isso, proporei evolução do entendimento (grifo próprio).

Após uma análise do direito comparado e também da história da legislação pátria sobre o tema, foi mencionada a importância da busca domiciliar para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal, no entanto, destacou o ministro a necessidade de controle dessa medida, especialmente quando feita sem o mandado judicial.

Dessa forma, em que pese conste no próprio texto constitucional as hipóteses permitidas para que os agentes policiais ingressem no domicílio alheio sem mandado judicial, como o flagrante delito, pontuou Gilmar Mendes que “contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia”. Para o ministro relator “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”.

Nesse sentido, estabeleceu que as buscas domiciliares sem autorização prévia deverão ser objeto de controle judicial posterior. Esse controle *a posteriori* exige dos policiais a demonstração que a invasão ocorrida foi fundamentada em uma justa causa, ainda que a invasão tenha acontecido em razão de uma situação de flagrante delito em crimes permanentes, como o tráfico de drogas. O modelo probatório,

portanto, é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – as fundadas razões, art. 240, §1º, do CPP.

Ainda em seu voto, destacou o Relator que essa solução apresentada não tem o intuito de solucionar todos os entraves relativos ao tema, pontuou-se, inclusive, que o termo “fundadas razões” demandaria esforço de concretização e interpretação, dada a sua subjetividade. No voto do Ministro Fux, foi ratificado essa concepção ao asseverar que “essas fundadas razões representam um conceito muito indeterminado e que podem servir para tudo”.

Ao final, após uma discussão entre os ministros acerca dos limites e impactos sobre a solução apresentada, foi fixada a seguinte tese:

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, o referido precedente modificou totalmente o entendimento jurisprudencial que era antes adotado - ou seja, que as autoridades poderiam, sem ressalvas, ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente -, sendo a nova posição pautada em uma determinação para que ocorra o controle *a posteriori*, exigindo-se dos policiais a demonstração que a invasão ocorrida foi amparada em fundadas razões.

Esse foi, portanto, o ponto de virada na jurisprudência pátria acerca dos limites da invasão domiciliar nos crimes permanentes quando fundamentadas no flagrante delito. Porém, como foi pontuado pelos próprios ministros, essa mudança representou apenas o começo do que estava por vir, de forma que foi criado um espaço para a formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, sendo possível, a partir da análise jurisprudencial dos casos concretos, o desenvolvimento e a concretização da garantia.

4.1.2 Habeas Corpus nº 598.051/SP

No mesmo sentido e de maneira a ampliar os limites traçados no RE 603.616/RO, o Superior Tribunal de Justiça, através do Habeas Corpus 598.051/SP, cuja relatoria foi do ministro Rogério Schietti, tratou sobre o consentimento dado para

entrada dos policiais e também da busca em situação de flagrância. Desse modo, foram estabelecidas cinco teses centrais sobre o tema, vejamos na íntegra:

1. Na hipótese de **suspeita de crime em flagrante**, exige-se, em termos de **standard probatório** para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de **fundadas razões** (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.
2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial **se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada**.
3. O **consentimento** do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser **voluntário e livre** de qualquer tipo de constrangimento ou coação.
4. **A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado**, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a **operação** deve ser **registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo**.
5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na **ilicitude das provas** obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual **responsabilização penal** do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Para fins de estudo essa monografia, iremos nos ater apenas a questão da invasão domiciliar e o flagrante delito, em que pese reconheça a importância sobre a temática do consentimento. Ademais, imperioso ressaltar que esse precedente foi julgado em março de 2021, isto é, mais de cinco anos após o *decisum* do STF, o que evidenciava a necessidade de evolução na interpretação jurisprudencial sobre o tema.

Além disso, a fim de melhor esclarecer as teses fixadas, os *standards* probatórios “são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (Badaró, 2019, p. 236).

Pois bem, da leitura das teses fixadas, percebe-se que houve a ratificação da supracitada jurisprudência do STF, porém, para além disso, foi firmado o entendimento que a justa causa apenas será configurada quando também restar evidenciada a urgência no ingresso. Isso significa que apenas “existe justa causa quando a polícia comprovar que o atraso ou demora na obtenção do mandado fosse,

de forma objetiva e concreta, conduzir a destruição ou ocultação da droga” (Lopes Jr., 2022a, p. 596).

Essa adição de outro requisito – a urgência – estabelece um maior rigor para reconhecer a legalidade das invasões, ainda que “a facilidade do arguir-se urgência é forma espúria de desconhecer direitos, é subterfúgio para o exercício de força, é descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado” (Tôrres, 2004, p. 153-154).

Sendo assim, não é qualquer situação de crime de tráfico de drogas que pode legitimar o sacrifício do direito à inviolabilidade do lar, por ação de agente de segurança pública.

Ocorre que o STF, no julgamento do RE 1.342.077 de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, determinou a anulação do HC 598.051 na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais.

Em síntese, depreendeu o ministro relator que a decisão do STJ extrapolou os limites da sua competência, sendo dois pontos destacados no seu voto. Inicialmente foi frisada a natureza singular e pessoal do habeas corpus, sendo assim, não poderia o aludido remédio constitucional servir para, de forma abrangente e genérica, alcançar de maneira indeterminada todos os processos envolvendo o tema em questão.

Posteriormente, foi asseverado que a referida decisão do STJ esbarrou no princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da CF, visto que o Superior Tribunal de Justiça não teria observado “os preceitos básicos definidos no artigo 2º do texto maior, que consagram a independência e harmonia entre os Poderes e garantem que, no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade”.

Para o ministro, o STJ criou uma nova exigência – gravação audiovisual da anuência de entrada no local – para a plena efetividade dessa garantia individual, desrespeitando o decidido por essa no Tema 280 (STF) de Repercussão Geral. Ao final, foi dado parcial provimento ao recurso extraordinário para afastar do acórdão somente a parte referente à necessidade de gravação policial da autorização para entrada em domicílio.

Dessa forma, em que pese a ressalva feita no RE 1.342.077, conclui-se que ambos os precedentes citados marcaram os limites da atuação policial no

contexto da invasão domiciliar em crimes permanentes, de sorte que fixaram parâmetros legais necessários para a validação da busca e apreensão, a fim de resguardar o direito a inviolabilidade domiciliar.

4.2 FUNDADAS RAZÕES NA CASUÍSTICA

Como bem expôs o Min Gilmar Mendes no citado RE 603.616-RO (Tema 280) “[s]erá a casuística que impulsionará o desenvolvimento de jurisprudência para enfrentar os diferentes temas”. Nessa perspectiva, serão analisadas algumas temáticas recorrentes de modo a entender como as Cortes Superiores tem definido a justa causa na casuística.

4.2.1 Denúncia anônima

De maneira geral, tem entendido as Cortes Superiores que a denúncia anônima, por si só, não serve para legitimar a invasão domiciliar, não configurando, portanto, como justa causa. Em suma, devem haver diligências preliminares destinadas a corroborar com a denúncia anônima. Veja-se julgado do STJ sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. DENÚNCIA ANÔNIMA. **AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA AS MEDIDAS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.**

1. Nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância prolonga-se no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito.

2. No caso, **o ingresso domiciliar foi deflagrado em função de denúncia anônima ocorrida anteriormente aos fatos**, de que, na casa do recorrente, estaria ocorrendo comércio ilegal de drogas, **sem ter havido a realização de nenhuma diligência para averiguação da referida informação.**

3. Ressalta-se que, no julgamento do HC n. 598.051/SP, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, estabeleceu diretrizes e parâmetros, a fim de que seja reconhecida a existência de fundada suspeita de flagrante delito, consignando que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e registrado em gravação audiovisual, o que não ocorreu nos autos.

4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que rejeitou a denúncia.

(REsp n. 2.113.202/PA, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 21/3/2024, grifo próprio).

Em seu voto, asseverou o ministro Jesuíno Rissato que “ausentes diligências ou investigações prévias, não estão presentes fundadas razões para a realização de busca domiciliar sem mandado judicial”.

O STF, por sua vez, já decidiu no sentido de “ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial” (HC 108.147, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Segunda Turma).

Conclui-se, portanto, que para as denúncias anônimas configurarem as fundadas razões, é necessário que haja diligências prévias que corroborem com tais acusações, de tal forma que apenas as denúncias, por si só, não têm condão para configurar a justa causa autorizadora do ingresso domiciliar, ainda que *a posteriori* sejam encontrados objetos ilícitos.

4.2.2 Local conhecido e fuga

No mesmo sentido, o fato do indivíduo ter sido visualizado em local conhecido como ponto de tráfico e, após visto pela polícia, ter realizado fuga para o interior da residência, não configura a hipótese de justa causa. Nessa linha, jurisprudência do STJ, *verbis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso desautorizado na residência do agente.

2. A abordagem dos agentes no quintal de uma residência, em **local conhecido como ponto de tráfico, sendo que um deles empreendeu fuga para dentro do imóvel** e o outro permaneceu parado, sendo encontrado com ele uma certa quantidade de entorpecentes, **não autoriza o ingresso na residência, por não demonstrar os fundamentos razoáveis da existência de crime permanente dentro do domicílio.**

3. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da droga, pela violação de domicílio, e, consequentemente, absolver os pacientes JAIR DUTRA JUNIOR e DAVID WELLINGTON MARTINS.

(HC n. 586.474/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe de 27/8/2020, grifo próprio).

A partir da leitura do acórdão, notou-se que mais uma vez foi citada a necessidade de diligências prévias para que somadas as circunstâncias do caso concreto – local conhecido e fuga do indivíduo – pudessem caracterizar as fundadas razões.

4.2.3 Cão farejador

Em relação ao ingresso domiciliar justificado com base em constatação de cão farejador da presença de drogas, sinalizando o local, também não constitui por si só as fundadas razões que autorizariam o ingresso domiciliar. Insta trazer à baila julgado sobre a temática:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES.** CONSENTIMENTO DO MORADOR. INEXISTÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. ÔNUS DO ESTADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de repercussão geral, estabeleceu que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. Na hipótese, **a mera sinalização do cão de faro, seguida da abordagem de um suposto usuário** - que não foi ouvido em juízo - saindo do local, **desacompanhada de qualquer outra diligência investigativa ou outro elemento concreto indicando a necessidade de imediata ação policial naquele momento, não justifica, por si só, a dispensa do mandado judicial para o ingresso em domicílio.**

3. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que, "como forma de não deixar dúvidas sobre a sua legalidade, a prova da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe ao Estado, devendo ser realizada com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato" (HC 728.920/GO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1.^a REGIÃO, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2022, DJe 20/06/2022), o que não ocorreu, in casu.

4. Agravo regimental provido para anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como as provas delas decorrentes, e, em consequência, absolver o Agravante nos autos da ação penal originária. (AgRg no HC n. 729.836/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 2/5/2023, grifo próprio).

De acordo com o precedente colacionado acima, ainda que a abordagem tenha se iniciado em razão da sinalização dada por cão farejador, o fato de estar desacompanhada de qualquer outra diligência investigativa ou outro elemento concreto indicando a necessidade de imediata ação policial naquele momento, resulta na ilegalidade da invasão.

Desse modo, o entendimento vigente sobre o tema é de que somente a indicação de cão farejador não justifica invasão de residência sem mandado judicial.

4.2.4 Fama de traficante

De igual modo, para o STJ a presença de histórico prévio de envolvimento do paciente com o tráfico de drogas não concede à autoridade policial o direito de conduzi-lo até seu local de trabalho ou sua residência para realizar buscas, sem prévia autorização judicial ou consentimento do indivíduo. Para ilustrar tal entendimento, veja-se julgado acerca do tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVASÃO DOMICILIAR E DO LOCAL DE TRABALHO EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA CONCLUIR PELA EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE. ABORDAGEM DO PACIENTE NA RUA, SEGUIDA DE REVISTA PESSOAL NA QUAL NADA DE ILÍCITO FOI ENCONTRADO EM SUA POSSE. CONDUÇÃO SUBSEQUENTE DO SUSPEITO A SEU LOCAL DE TRABALHO E À SUA RESIDÊNCIA, NOS QUAIS FORAM ENCONTRADOS ENTORPECENTES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal 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).

2. A Corte Suprema assentou, também, que "o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 12/04/2005, DJe de 02/06/2006; RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática publicada no DJ de 03/08/2000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade" (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

3. Nessa linha de raciocínio, **o ingresso regular em estabelecimentos protegidos pela garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio 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. "A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida." (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

5. Somente a informação de que o paciente tivera envolvimento anterior com tráfico de drogas não autoriza a autoridade policial a conduzi-lo até seu local de trabalho e sua residência, locais protegidos pela garantia constitucional do art. 5º, IX, da CF, para ali efetuar busca, sem prévia autorização judicial e sem seu consentimento, diante da inexistência de fundamento suficiente para levar à conclusão de que, naqueles locais, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não.

Precedente: (HC 527.161/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019).

6. No caso concreto, a leitura dos Termos de Depoimento dos condutores do paciente, na ocasião do flagrante, revela que, **após terem abordado e revistado o paciente na rua por terem conhecimento de seu envolvimento anterior com o tráfico**, e com ele encontrarem apenas T\$ 35,00 e um molho de chaves, **sem qualquer indício ou investigação prévia sobre local em que poderia haver droga**, o paciente foi por eles conduzido primeiro a seu local de trabalho (uma barbearia), onde foram encontrados 14 (quatorze) "ependorfs" contendo substância semelhante a cocaína, e depois à sua residência, na qual foram descobertos saquinhos plásticos, típicos de embalar drogas, dois comprimidos e, no quarto do autuado, uma balança de precisão.

7. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no local de trabalho e no domicílio do paciente sem seu consentimento e sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião deve ser considerada ilícita.

8. Já tendo havido condenação do paciente no 1º grau de jurisdição, deve a sentença ser anulada, absolvendo-se o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

9. Recurso provido.

(RHC n. 126.092/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020, grifo próprio).

Mais uma vez, sob o argumento de inexistência de investigação prévia, a “fama de traficante” do acusado dissociada de qualquer outro elemento fático não configura justa causa capaz de autorizar a invasão domiciliar, como consequência as provas colhidas no domicílio do acusado foram consideradas ilícitas e houve a absolvição do réu.

Em resumo, consoante consta no Comunicado Conjunto COINFANCIA/CDEDICA/COCRIM n.º 01/2022 emitido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2022), é possível notar a repetição de certas circunstâncias que, de acordo com a interpretação atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não configuram indícios mínimos da ocorrência de flagrante delito. São elas:

- Denúncia anônima, mesmo que confirmada por vizinho;
- Fuga, para dentro do imóvel ou para outro local, após visualização da polícia;
- Desobediência à ordem de parada;
- Demonstração de nervosismo;
- Apreensão de objetos ilícitos do lado de fora da residência; •
- Informação prévia de envolvimento com criminalidade.

Assim sendo, a mudança do entendimento jurisprudencial acerca das fundadas razões autorizadoras da invasão domiciliar nos crimes permanentes, em especial o tráfico de drogas, impactou sobremaneira no entendimento da justa causa na casuística.

Nesse contexto, atualmente os Tribunais Superiores tem dado maior rigor ao decidir se determinada situação configura as fundadas razões, o que demonstra uma intensificação do controle judicial na atividade policial no que se refere a apreensões realizadas através do ingresso em domicílio.

4.3 DO RECENTE POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DO STF

A partir da leitura dos precedentes mencionados nos tópicos anteriores, notou-se que desde a mudança de posição jurisprudencial fixada no RE 603.616/RO, tem os Tribunais Superiores adotado uma postura mais criteriosa quando o assunto é a invasão domiciliar no contexto do crime de tráfico de drogas. Antes, posicionavam-se as Cortes Superiores de modo a admitir, sem quaisquer ressalvas, a invasão domiciliar quando fundamentada no flagrante delito, sem haver qualquer questionamento acerca da ilegalidade da medida.

Em decorrência disso, o que se via era que as principais vítimas da arbitrariedade da ação policial eram as comunidades mais carentes, isto pois, sendo o Brasil um país desigual, era evidente que a parcela mais afetada por tais arbitrariedades seriam os mais marginalizados socialmente. Acerca dessa temática, pontua Valois (2017, p. 479-480) que:

Politicamente, **a autorização a invasão de domicílios permitida pela guerra às drogas é perversa**, pois **o pobre**, a pessoa que tem a casa invadida em nome do combate a essas substâncias, **não percebe sequer a sua situação de oprimido, não consegue contextualizar a violação do seu direito, e acaba tomando aquela invasão como natural** e ele como uma pessoa com menos direitos ou um ser humano bem importante (grifo próprio).

Na mesma linha, em seu voto no Habeas Corpus nº 598.051/SP, o ministro Schietti alertou para essa situação, asseverando que é fundamental que a sociedade como um todo, especialmente os estratos mais vulneráveis economicamente, também se sintam seguros e tenham seus direitos mínimos preservados. Isso inclui o direito fundamental de não ter sua residência invadida, a qualquer momento do dia ou da noite, por agentes do Estado.

É diante desse contexto que se revelou importantíssima a mudança de posição da jurisprudência pátria sobre o tema. Atualmente, o que se percebe é um maior rigor ao enfrentar tal assunto, sendo rechaçados alguns motivos que antes eram

comumente utilizados pelos agentes policiais para justificar a invasão, como as denúncias anônimas, a fama do indivíduo, etc.

Entretanto, em decisões recentes como o HC 169.788/SP é perceptível que está havendo um movimento contrário a esse entendimento mais rigoroso acerca do conceito de fundadas razões, ainda que por enquanto represente parcela minoritária do Supremo.

No caso objeto do HC 169.788/SP o cerne da discussão, em resumo, está relacionado ao questionamento: “correr ao avistar viatura é suficiente para o ingresso de policiais em domicílio sem mandado judicial?”. Acontece que na situação fática, de acordo com o depoimento dos policiais, o paciente apresentou conduta suspeita e correu ao avistar a viatura, o que para os agentes autorizou o ingresso no domicílio dele, posto que constituiria as fundadas razões. Posteriormente, na casa do acusado, foram encontrados 300g (trezentos gramas) de maconha.

O relator do processo, o ministro Edson Fachin entendeu por não considerar as fundadas razões a justificativa apresentada pelos policiais. Em seu voto, pontuou o ministro que:

Nesse sentido, consigno que **a menção à “atitude suspeita”, embora pareça atender aos requisitos traçados pelo RE 603.616-RG, por pressupor um ato materializado pelo agente, se desacompanhada de melhor detalhamento sobre porque é aquele ato suspeito, afigura-se como termo vago e contingente, inábil, portanto, a afastar a garantia da inviolabilidade domiciliar.**

[...]

À vista de tais apontamentos, **é possível delimitar um arquétipo na caracterização da conduta como “atitude suspeita”: a ação deve ser “desviante”, “estranha” ou “anormal” para um determinado padrão social.** Nota-se, portanto, que **esse enquadramento traz consigo uma enorme carga axiológica**, sobretudo porque os valores sociais e morais de um indivíduo variam conforme a sua localização geográfica, raça, gênero, sexualidade e classe social. Desse modo, as interpretações sobre as condutas individuais também serão diversas, uma vez que aquilo percebido como “anormal” para um grupo social pode ser compreendido como “normal” para outro (grifo próprio).

Em seguida reconheceu o ministro Fachin a nulidade da busca e apreensão realizada pelos policiais militares, e também de todos os demais elementos de informações e provas colhidas em Juízo, pois, para ele, decorreram da apreensão ilegal realizada no domicílio do paciente, em violação ao previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Como consequência, as provas derivadas da prova ilícita foram consideradas inadmissíveis em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, ainda mencionou que a hipótese dos autos não se inclui nas exceções de contaminação, quais sejam, a inexistência de nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente. Ele foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber (aposentada).

De forma contrária ao voto do ministro Fachin – voto este em consonância com a jurisprudência firmada pelo STF e STJ – posicionaram-se os ministros Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin, Kassio Nunes Marques, Dias Toffoli, André Mendonça e Luiz Fux.

O voto-vista do ministro Alexandre foi o que encabeçou essa posição divergente. Para ele, o HC nem deveria ser conhecido em virtude de questões formais, no entanto, o que chamou atenção foi que ao longo do seu voto o ministro apresentou entendimento contrário ao que as Cortes Superiores vinham decidindo.

Considerou em seu voto que “A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito”, sendo assim, considerou como legítima a invasão policial no caso em questão, uma vez que entendeu que a atitude suspeita do paciente fugir para o interior da sua residência configurou as fundadas razões.

Em que pese o ministro tenha sido voto vencido, é preciso se alertar em relação a esse voto, uma vez que já está sendo utilizado como base para decisões em tribunais de segunda instância, mesmo que o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha deliberado sobre o cerne da questão.

Sobre o tema, oportuno mencionar a matéria de autoria de Tiago Angelo (2024) publicada no site jurídico Consultor Jurídico (Conjur). É mencionado ao longo do texto que antes mesmo do STF ter concluído o julgamento do caso, em outubro de 2023, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) citou a posição de Alexandre para manter a validade de provas obtidas durante busca pessoal.

Além do TJRJ, foi também constatado que em três decisões proferidas pelas Câmaras Criminais de SP há a menção ao posicionamento apresentado pelo Min. Moraes no julgamento do HC 169.788.

Entretanto, é pontuado na matéria que o caso não deve ser tratado como precedente, senão vejamos:

“Não é um precedente. Para isso teria de ter sido analisado o mérito. E se fosse, teria de ser analisado na sua especificidade. O Brasil vai levar ainda muito tempo para aprender o que é um precedente. Talvez o erro esteja em pensar que precedente seja coisa feita para decidir casos futuros. Ledo engano. Precedentes cuidam do passado”, afirma o constitucionalista Lenio Streck.

Rafael Muneratti, integrante da Defensoria Pública de São Paulo, concorda. Ele integra o Grupo de Atuação Estratégica da Defensoria nos Tribunais Superiores (GAETs), que atuou no caso julgado pelo STF como *amicus curiae*.

“O ministro André Mendonça não analisou o mérito do caso. Assim, não pode ser considerado como acompanhando as razões do ministro Alexandre. O HC não foi reconhecido por questões formais.”

Ele pondera, no entanto, que juízes e tribunais se valerão da interpretação de Alexandre para validar buscas policiais.

“Como a decisão foi em HC, não gera efeito vinculante, mas é certo que os tribunais vão se valer dela, mesmo com essa ressalva de não ter alcançado a maioria de seis votos no mérito. O TJ-SP, particularmente, já tinha usado muito esse entendimento, no sentido de que fugir da viatura é justificativa para a abordagem. Não é novidade, era a regra. Nós é que brigamos contra isso” (2024, s.p, Conjur).

Diante de tudo que fora exposto, torna-se evidente a complexidade e a diversidade de posicionamentos dos tribunais diante dessa questão delicada, razão pela qual é fundamental monitorar de perto as decisões do STF, a fim de evitar a anulação dos avanços jurisprudenciais do STJ.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção domiciliar insculpida no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal é um importante direito fundamental que visa garantir o espaço individual e íntimo do indivíduo, sendo essa garantia prevista não apenas na CF, como também em Declarações e Pactos Internacionais, o que serve para endossar o seu caráter significativo nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

No entanto, considerando que o referido direito não é absoluto, há situações em que o princípio da inviolabilidade domiciliar é mitigado, conforme consta no mesmo inciso, dentre elas, a que ganha maior destaque é a hipótese do flagrante delito, especialmente no contexto de crimes permanentes, como o tráfico de drogas.

O tráfico de entorpecentes, previsto na Lei n. 11.343/2006, ao contrário do que o senso comum entende, não criminaliza apenas a conduta de comercializar as substâncias ilícitas, configurando-se também como crime o fato do indivíduo “ter em depósito”, “expor à venda”, “transportar”, “trazer consigo” ou “guardar” as drogas. É nesse cenário que emerge o conflito entre a inviolabilidade domiciliar e o flagrante delito em crimes permanentes, uma vez que nessas modalidades anteriormente citadas, o tráfico de drogas é considerado crime permanente.

Ora, sendo o crime permanente, o flagrante é igualmente permanente, de modo que é fácil concluir que nessas modalidades do delito a invasão domiciliar estará sempre no âmbito da legalidade, correto? A resposta é negativa.

O direito não é uma ciência exata como a matemática, que permite concluir facilmente que um mais um é dois, pelo contrário, cada caso merece ser analisado de acordo com as suas peculiaridades e aqui, no contexto da inviolabilidade domiciliar no crime de tráfico de drogas, não é diferente.

Em meio a esse entrave, coube aos Tribunais Superiores fornecerem uma interpretação e fixarem um posicionamento acerca do tema, de modo a pacificar a jurisprudência e delimitar a solução para o conflito.

Nesse sentido, anteriormente a posição dos tribunais era de considerar, sem ressalvas, como legais as invasões justificadas pelo flagrante delito, dada a natureza permanente do crime. Sendo assim, bastava ser o crime permanente e os policiais esclarecerem que a invasão foi pautada no flagrante delito, que não haveria qualquer mácula no ingresso no lar do acusado.

No entanto, os precedentes paradigmáticos RE 603.616/RO (STF) e Habeas Corpus 598.051/SP (STJ) representaram os pontos de virada acerca do entendimento sobre a temática em comento. O julgado do STF inaugurou essa nossa fase da jurisprudência pátria, a partir dele passou-se a exigir que fossem comprovadas as fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indicassem que dentro da casa ocorre a situação de flagrante delito.

No mesmo sentido, porém com o intuito de ampliar o âmbito de incidência e fornecer uma interpretação ainda mais profunda acerca do tema, o STJ fixou cinco teses, dentre as quais destacam-se o novo requisito para que ocorra a invasão domiciliar, isto é, a configuração da situação de urgência e a prova do consentimento do morador para a entrada na residência.

Essas decisões reverberaram diretamente na casuística, de sorte que cada caso concreto que chegava nas Cortes Superiores - para que fosse analisado se a situação em questão se trataria de fundadas razões ou não - era decidido a luz dos dois referidos precedentes, posicionando-se os tribunais de uma forma mais rígida quanto ao tema. Inclusive, foi observado como tendência nas decisões dos tribunais o fato de exigirem a presença da investigação prévia, em cumulação com outra circunstância (como as denúncias anônimas), para configuração da justa causa.

Entretanto, apesar do significativo avanço, em decisões recentes como o HC 169.788/SP, notou-se um movimento contrário ao entendimento até então estabelecido. No julgado mencionado, alguns ministros, em especial o Min. Alexandre de Moraes, apresentou uma postura mais flexível em relação a interpretação das fundadas razões.

Embora não tenha constituído precedente a posição exposta pelo ministro no HC 169.788, o posicionamento adotado tem sido reproduzido já em decisões de outros tribunais, como o TJRJ, para validar buscas policiais.

Em meio a esse cenário, denota-se que há um estreito limite interpretativo entre as fundadas razões e a invasão domiciliar no contexto do crime de tráfico de drogas, de maneira que a partir da análise jurisprudencial foi possível concluir que é um tema em evolução e que merece destaque.

Ante o exposto, é necessário que sejam observados os futuros movimentos decisórios do STF, certificando-se para que não haja retrocesso na interpretação das fundadas razões, o que lamentavelmente resultaria no esvaziamento do núcleo

fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa, abrindo espaço, novamente, para as ingerências arbitrárias no domicílio.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Mesmo sem maioria, posição de Alexandre sobre invasão de domicílio já afeta decisões.** Consultor Jurídico, São Paulo, 07 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-07/mesmo-sem-maioria-posicao-de-alexandre-sobre-invasao-de-domicilio-ja-afeta-decisoes/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de drogas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019.

BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal.** 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional.** (Série IDP). 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição (1824).** Constituição Política do Império do Brasil. Lisboa, Impressão Régia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição (1937).** Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. **Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 maio 1998. Seção 1, p. 52-55.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 108.147/PR**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ 11/12/2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 169.788/SP**. Relator: Min. Edson Fachin. DJe 09/03/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 79.512/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 16/05/2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.342.077/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe 02/12/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário Constitucional 90.376/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 03/04/2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário Constitucional 126.092/SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/06/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 729.836/MS**. Relator: Min. Laurita Vaz. DJe 27/04/2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 586.474/SC**. Relator: Min. Néfi Cordeiro. DJe 18/08/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598. 051/SP**. Relator: Min. Rogério Schietti, DJe 15/03/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2.113.202/PA**. Relator Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). DJe de 21/3/2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 10 abr. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. 31. ed. E-book. ISBN 9788553620821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, v. II. Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502224308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502224308/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CASTILHO, Ricardo dos S. **Direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786555599589. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555599589/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 13 Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 21.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788553620609/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022a.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b.

MARCÃO, Renato F. **Lei de Drogas**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598179. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555598179/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645602. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559645602/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NADELMANN, Ethan. **Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society**. International Organization. 1990.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530994303/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Comunicado Conjunto nº 01/2022, de 30 de março de 2022**. Comunica a mais recente orientação jurisprudencial do STJ relativa à ilicitude de prova obtida mediante ingresso em domicílio sem autorização ou mandado judicial e faz recomendação às defensoras públicas e aos defensores públicos com atuação nas áreas criminal e socioeducativa. Rio de Janeiro/RJ. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Comunicado_Conjunto_COINFANCIA-CDEDICA-COCRIM_01.2022_-_VIOLA%C3%87%C3%83O_DE_DOMIC%C3%8DLIO.pdf. Acesso em 10 de abr. de 2024.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Limite penal: o mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades no flagrante**. Consultor Jurídico, São Paulo, 01 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553620490/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.