

A (IN)VIOLABILIDADE DE DOMÍLIO E PRISÃO EM FLAGRANTE EM CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS.

THE (IN)VIOLABILITY OF HOUSEHOLD AND ARRANGEMENT IN FLAGRANT IN CASES OF DRUG TRAFFICKING.

Lorena Gomes Lammas¹

Renata Martins de Souza²

RESUMO

A presente pesquisa possui o intuito de analisar de maneira crítica e interpretativa os casos de mitigação do princípio da inviolabilidade de domicílio, em especial nos casos de tráficos de drogas, com ingresso forçado em domicílio do investigado sem mandado judicial. Para tanto, alguns princípios norteadores do processo penal brasileiro serão analisados em relação ao tema supracitado, com base na exposição doutrinária. Ademais, a pesquisa aborda o sistema penal à luz da Lei de Drogas, expondo a relevância da defesa das garantias constitucionais para a composição de um Direito Penal eficiente a ponto de proteger um cidadão dos excessos arbitrários do Estado que infringem o devido processo legal e acabam causando uma hesitação jurídica pela inviolabilidade domiciliar. Coube, ainda, a esse trabalho ressaltar a vulnerabilidade das zonas periféricas, no que tange a violação domiciliar. Ao final, aponta-se a necessidade de comprovação de justa causa para legitimar a violabilidade do domicílio, a fim de coibir abusos estatais, sob pena de ilegalidade da prisão em flagrante, além da responsabilidade civil, penal e administrativa do agente estatal.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Jurisprudências. Invasão domiciliar. Fundadas razões. Periferias.

ABSTRACT

This research aims to critically and interpretively analyze cases of mitigation of the principle of inviolability of the home, especially in cases of drug trafficking, with forced entry into the investigated person's home without a court order. To this end, some guiding principles of the Brazilian criminal procedure will be analyzed in relation to the aforementioned theme, based on the doctrinal exposition. In addition, the research addresses the criminal system in the light of the Drug Law, exposing the

¹ Aluna da Rede de Ensino Doctum – Unidade João Monlevade/MG. Graduando em Direito - e-mail: lorenagomes10@hotmail.com.

² Renata Martins de Souza. Doutora em Direito Público. Mestre em Teoria do Direito pela PUC/MG. Professora de graduação do curso de Direito e Defensora Pública do Estado de Minas Gerais. – e-mail: renata_martinsdp@hotmail.com.

relevance of defending constitutional guarantees for the composition of an efficient Criminal Law to the point of protecting a citizen from the arbitrary excesses of the State that infringe due process and end up causing legal hesitation for home inviolability. It was also up to this work to emphasize the vulnerability of peripheral areas, with regard to domestic violations. In the end, it is pointed out the need to prove just cause to legitimize the violability of the domicile, in order to curb state abuse, under penalty of illegal arrest in the act, in addition to the civil, criminal and administrative liability of the state agent.

Key-words: Drug trafficking. Jurisprudence. Home invasion. Well-founded reasons. Peripheries.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz em seu bojo uma série de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros e, dentre esses, destaca-se o direito à inviolabilidade domiciliar, explícito no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Assim, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a de que a casa é asilo inviolável, ninguém podendo nela entrar ou permanecer, salvo com autorização do morador.

Com isso, a autoridade policial só poderá realizar o procedimento de busca e apreensão na residência de acusado ou preso em flagrante delito em posse do mandado judicial.

Contudo, na *práxis* do processo penal brasileiro não é incomum que, diante de crimes graves, como o tráfico de drogas, que sejam efetuadas prisões em flagrante quando tais delitos estariam ocorrendo no espaço domiciliar do sujeito ativo. Como sabido, o crime de tráfico de drogas vem se expandindo constantemente e trazendo grandes problemas de segurança e de saúde pública. Por se tratar de um crime considerado permanente, argumenta-se que a situação de flagrância se prolonga no tempo, o que seria motivo apto a autorizar as ações policiais de busca e apreensão sem mandado judicial. Tal procedimento, contudo, gera dúvidas acerca da violação do dispositivo constitucional acima mencionado.

Cumprir registrar, ainda, que essa suposta violação encontra-se mais direcionada às parcelas mais vulneráveis da sociedade. De fato, no Brasil, a política da guerra às drogas afeta de forma desigual as regiões periféricas dos centros urbanos. Como muitos sabem, estas situações de violação de domicílio ocorrem, em sua grande maioria, nas periferias, locais onde a atuação do Estado é, basicamente,

a policial e, conseqüentemente, não há maiores preocupações em garantir a eficácia das mínimas garantias do convívio social e da dignidade da pessoa humana.

No entanto, a prática da violação domiciliar sem justa causa vem sendo abordada frequentemente pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, havendo julgados de suma importância, os quais demonstram a relevância da temática.

Diante disso, surge o seguinte questionamento: é possível a relativização da cláusula de proteção constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio?

Para desenvolver a pesquisa, será usado o método dedutivo e para defender a argumentação explanada, serão utilizados os posicionamentos de alguns doutrinadores, tais como Moraes (2014), Greco (2017), Sarlet (2015), além de artigos de lei e decisões de tribunais brasileiros.

2 DA INVIOABILIDADE NO DOMÍLIO

O direito à inviolabilidade do domicílio é uma garantia fundamental mundial, incorporado na Constituição Federal Brasileira, que garante ao indivíduo o respeito a seu espaço, privacidade, a intimidade e, sobretudo, a sua dignidade.

O citado direito encontra-se recepcionado pela Carta Magna de 1988, que o trouxe como princípio constitucional, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Vejamos:

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 seguintes termos:

[...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Isso significa dizer que apenas e somente em estrita observância dos casos previstos em lei é que se pode ingressar na residência alheia.

Vale ressaltar que, pelo fato de a inviolabilidade de domicílio estar dentro dos direitos individuais e coletivos, ela é considerada um direito fundamental de primeira dimensão, ou seja, é como um dos primeiros direitos a constarem na Carta Magna e também por estar ligado à liberdade individual, isto é, os direitos civis e políticos.

A inviolabilidade domiciliar tem a sua origem atrelada à época de surgimento do Estado Constitucional na Europa, tendo como intuito delimitar o poder do Estado sobre a população. Diante disso, surgiu a frase de Lorde Chatam em um parlamento britânico no ano de 1763:

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 entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar. (GRECO, 2017, p.188)

Em relação ao objeto protegido nesta norma constitucional, sustenta José Afonso da Silva que tal direito diz respeito à personalidade, mais especificamente à proteção da vida íntima e privada do sujeito. Segundo o autor:

A proteção dirige-se basicamente contra as autoridades. Visa impedir que estas invadam o lar. Mas também se dirige aos particulares. O crime de violação de domicílio tem por objeto tornar eficaz a regra da inviolabilidade do domicílio. (SILVA, 2003 – p.436)

O direito à inviolabilidade do domicílio surgiu no mesmo contexto em que consagraram-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos, sendo consagrado como direito de primeira dimensão. Deveras, no cenário em que se desenvolveu o Estado Liberal havia um arcabouço político-social a justificar que a geração pioneira dos direitos fundamentais assumisse natureza defensiva, impositiva de deveres de abstenção ao Estado.

Com efeito, a inviolabilidade do domicílio é uma das vertentes do direito à privacidade, pois a casa, conforme estabelece o inciso XI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, é asilo inviolável do indivíduo e ninguém nela pode penetrar sem o consentimento do morador, nem mesmo o Estado, exceto nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia - que atualmente é compreendido no período entre 6h e 18h-, exigindo-se, neste último caso, determinação judicial.

Compreendido o conceito de tal direito, impõe-se, no capítulo seguinte, investigar o conceito de domicílio.

2.1 Do conceito constitucional de Domicílio

No ordenamento jurídico brasileiro, o domicílio é alvo de várias proteções. Elas podem ser observadas no Código Penal, Código de Processo Penal e, principalmente, na Constituição Federal. Sendo inviolável, o domicílio somente

poderá ser objeto de invasão em expressas e rígidas situações, como no caso de mandado judicial, sob pena de tornar nulas provas eventualmente colhidas, prisões e, até mesmo gerar e ocorrência do crime de abuso de autoridade e invasão de domicílio.

Importante registrar que a Constituição não explícita um conceito da expressão domicílio ou casa.

O legislador civil conceitua domicílio como o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo. Por este conceito, verifica-se que o legislador procurou proteger o lar, a casa, no caso seria o lugar onde alguém mora, como por exemplo: barraca de campista, barraco de favela ou rancho de pescador, não importando se a moradia seja de forma permanente, transitória, eventual ou alternada

O Código Penal, por sua vez, ao tratar do delito de invasão de domicílio, conceitua no artigo 150 o que a expressão casa abrange:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I- qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

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

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

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

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

(BRASIL, 2022, Código Penal Brasileiro).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2020, p.590) o conceito civil de domicílio é diferente do conceito penal, tendo o primeiro a intenção de se referir ao local que a pessoa estabelece sua residência como definitiva, e no conceito penal, domicílio condiz ao local reservado à vida privada ou à intimidade.

No direito constitucional brasileiro, contudo, a jurisprudência sinaliza que o conceito de domicílio é ainda mais abrangente, incluindo não apenas habitações permanentes, mas, também espaços móveis que servem como recolhimento a privacidade e exercício de atividade profissional.

Segundo Barchet e Motta (2009a, p.113) o conceito de domicílio abrange todo local, podendo ser a residência ou um lugar comercial, desde que a entrada não seja aberta ao público, podendo ter o caráter transitório ou não, ou seja, até mesmo um quarto de hotel em que a pessoa esteja hospedada. Assim, logo percebe-se que o conceito de domicílio é extenso, abrangendo, por exemplo, a casa da família, bem como a casa de praia, a qual a família passa uma temporada. Portanto, essa "casa

de praia” receberá proteção também, e, não é apenas quando estiver sendo utilizada por alguns dias, mas também nos outros, ou seja, quando a família reside em sua casa na cidade.

Vale ressaltar também que o residente não precisa ser necessariamente proprietário do imóvel, podendo se tratar de uma casa alugada. E nem mesmo precisa ser um imóvel, podendo ser como domicílio o trailer ou o carro, desde que estes tenham a finalidade de habitação.

Com efeito, a proteção constitucional ao domicílio é tão forte, em razão do ideal de privacidade, que o Superior Tribunal de Justiça já asseverou entendimento segundo o qual o escritório profissional é equiparado à residência, para os fins da inviolabilidade prevista no art. 5º, X e XI da CF/88, sendo que a prova obtida em desacordo com limites constitucionais é considerada ilegal, sendo apta a contaminar toda a persecução penal em razão da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (vide HC 70960 / RJ, Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª Turma. Julgado em 13.02.2007).

De fato, segundo os autores Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet, e Daniel Mitidiero (2017, p. 460. 22) a Constituição Federal de 1988 aderiu à definição de domicílio com dupla finalidade de proteção, sendo que a casa considerada o local em que o ser humano executa o direito à vida privada, e também um local em que não pode ter intervenção do poder estatal e nem de terceiros. Destacam os autores:

(...),é possível afirmar que também no direito constitucional brasileiro trata-se de um conceito constitucional de domicílio (casa), que serve a uma dupla finalidade de proteção: (a) como espaço de fruição da esfera privada o domicílio abrange não apenas habitações fixas, mas também espaços móveis, que servem ao recolhimento à privacidade, como uma barraca num acampamento, um barco ou um trailer; (b) a noção de domicílio também protege um espaço livre de intervenção que diz respeito à ocupação (mediante exclusão de terceiros e da autoridade estatal) para o exercício de atividades profissionais ou outras atividades lícitas. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017a, p. 197-196).

Segundo elucida, ainda, Alexandre de Moraes, (2002, p. 81), o conceito de domicilio pode ser assim compreendido: “persevera o entendimento de que é o local - delimitado e separado - que o indivíduo ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive na esfera profissional”.

Cabe registrar, ainda, que segundo entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, domicílio, numa extensão conceitual mais ampla, abrange também o local onde se executa a profissão, devendo ser um ambiente fechado ou de acessibilidade restrita, por exemplo, o escritório comercial. Ainda, nesse diapasão,

como ressaltado por Giampolo Smanio (1999, p. 67), ressalta-se que: “aquilo que for destinado especificamente para o exercício da profissão estará dentro da disposição legal”.

Assim, podemos perceber de fato a importância do domicílio e os diversos espaços que também são abrangidos como tal.

2.2 Da Lei de drogas: da busca domiciliar nos casos de Tráfico caracterizado como crime permanente

Conforme afirmado nos capítulos anteriores, a inviolabilidade do domicílio não é absoluta, pois a própria constituição ressalva as hipóteses em que é possível o ingresso na casa de uma pessoa sem o seu consentimento. A busca e a apreensão são apenas uma dessas hipóteses previstas. Medida regulamentada pelo Código de Processo Penal, que, constitui meio de prova, no entanto, tal diligência somente poderá ser cumprida no período diurno com mandado judicial fundamentado por autoridade competente, quando fundadas as razões que a autorizem. A lei ainda prevê que, a prova que for obtida sem a exibição mandado judicial poderá ser considerada nula, de acordo com o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal

Assim, o ingresso regular da polícia no domicílio, em caso de flagrante delito, sem autorização judicial, para que seja legal, necessita que haja fundadas razões (justa causa) que sinalizem a ocorrência de crime no interior da residência. Ou seja, a mera intuição de traficância não permite seja feita a violação.

A busca domiciliar, cabe registrar, consiste na procura material que se realiza no domicílio alheio com o fim de apreender coisas que interessam a Justiça e que se suspeita que sejam ali guardadas, ou de apreender pessoa vítima de crime ou prender criminosos. Dispõe o artigo 243 do Código de Processo Penal que o mandado de busca e apreensão deve ser determinado, indicando, de forma precisa, a casa onde a diligência será efetuada, bem como o nome do proprietário ou morador, não se admitindo o mandado genérico. É indiscutível, contudo, que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo a qualquer hora do dia ou da noite.

Nessa seara, o crime de tráfico de drogas é peculiar, pois algumas de suas condutas correspondem a crimes permanentes, cuja consumação se prolonga no tempo, admitindo o flagrante a qualquer momento.

A lei nº 11.340/06, de 23 de agosto de 2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas (SISNAD) em relação às Drogas e criou diretrizes para a política de drogas no nosso país. A tipificação do artigo 33 é uma das que mais gera encarceramento no Brasil.

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

Válido pontuar que nos crimes instantâneos, a consumação é imediata, ou seja, não se admite prolongação. Por outro lado, fazendo uso dos termos empregados por Rogério Greco, crime permanente: “É aquele cuja consumação se prolonga no tempo” (GRECO, 2017, p. 75).

De acordo com Mendonça e Carvalho (2008), a referida Lei tem duas finalidades, sendo elas: a prevenção do uso indevido de drogas, com foco na reinserção desses usuários e dependentes na vida social; e a outro com foco no tráfico ilícito de drogas e combate a produção não autorizada.

Por conta da gravidade do delito e do interesse estatal em combater o tráfico, tornam-se comuns na rotina policial o ingresso de agentes no domicílio de pessoas supostamente envolvidas com a traficância, mesmo diante da mera existência de denúncia anônima desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos da prática de crime, argumentando tratar-se a conduta de crime permanente.

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

É importante, registrar que apesar de ser possível a prisão em flagrante e se tornar dispensável o mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do agente nos casos de tráfico, para que o ingresso em seja considerado legítimo é necessário que haja um lastro probatório mínimo da existência de crime no interior

do domicílio. Caso contrário, a diligência se mostrará ilegítima, independente do resultado.

2.3. Busca domiciliar em áreas periféricas

Para contestar alegações de ingresso ilegal em domicílios, é comum que agentes policiais se justifiquem dizendo terem sido autorizados por moradores, o que nem sempre é suficiente para, em juízo, demonstrar a legalidade da diligência. De fato, muitas vezes os policiais obtêm informações, por meio de diligências, de que alguém mantém drogas em determinado lugar; há também situações em que indivíduos são abordados na rua, nos arredores de pontos de vendas de drogas, e acabam confessando que as têm armazenadas em imóvel próximo dali. Nesses casos, a jurisprudência dos tribunais se orienta, no geral, no sentido de que o mandado de busca e apreensão é prescindível, desde que haja elementos concretos que indiquem a situação de flagrância. Nesse sentido, por exemplo, o julgamento, de 2021, do HC 598.051/SP pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual tratou da necessidade da 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, para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial. Com isso, a simples presunção baseada nas impressões do agente público não legitima o ingresso na residência alheia.

Apesar disso, no Rio de Janeiro, comumente, as forças policiais encontram-se envolvidas em operações que objetivam dar cumprimento à mandados de prisão expedidos contra traficantes considerados foragidos. Em tais oportunidade, também são comuns as ocorrências de práticas ilegais de buscas realizadas sobretudo nos domicílios dos moradores de favelas.

Nesse sentido, cabe citar, como exemplo, a expedição indiscriminada de Mandados de Busca e Apreensão (Coletivos) autorizando a Polícia Civil a fazer revista nas casas nas favelas Nova Holanda e Parque União, subúrbio do Rio, no

Complexo da Maré³, durante a realização e tais eventos esportivos, que implicou em flagrante abandono das regras e dos princípios jurídicos. Expedidos com eficácia territorial ampla, geograficamente imprecisa, sem se preocupar em determinar o fato concreto a ser apurado, tais mandados foram direcionados aos moradores de favelas, como se todos estes fossem inimigos ou adversários do interesse público.

Como sabido, as atuações policiais nas incursões às favelas estão presentes relatos de perseguição e cerco a grupos identificados de maneira muito específica. ‘Traficantes’ e ‘policiais’ não só ocupam pólos distintos, como também contrários, cabendo aos primeiros a denominação pública e não aleatória de inimigos, diferença entendida como necessária à defesa do Estado.

Segundo Fernandes (2005), às favelas é atribuída, desde quando surgiu, enorme parte da responsabilidade pela violência que prejudica as cidades. Atualmente, o motivo dar-se principalmente, a partir da razão das atividades do comércio varejista de drogas que aí ocorrem. Como o episódio da violência é compreendido a partir das ações relativas a essa prática, as zonas periféricas são um desses âmbitos nos quais acontecem compra e venda de substâncias ilícitas.

Nos termos da Constituição Brasileira, em seu artigo 144 (CR/88), “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. (BRASIL, 2022). Portanto, residir em uma favela pode fazer com que um cidadão deixe de obter a segurança como direito a ser garantido pelo Estado e passe a ser alvo de violações protagonizadas por esse mesmo Estado, em nome da garantia de segurança da outra parte da população. Também, pode-se notar com frequência que é por meio quase estrito de certo tipo de atuação policial e/ou militar em território que a população que reside nessas localidades tem contato com a segurança pública.

Por conta disso e para evitar abusos policiais, notadamente contra pessoas e grupos mais vulnerabilizados da sociedade, é que o Supremo Tribunal Federal

³ CORRÊA, Douglas. Justiça autoriza revista a casas de moradores do Complexo da Maré. EBC, 30 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/03/justica-autoriza-revista-a-casas-de-moradores-do-complexo-da-mare>>. Acesso em: 2 jun. 2022.

(STF), por meio de julgado recente, também firmou o entendimento de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificada; conforme será visto no tópico a seguir.

3 DA ANÁLISE DO RE Nº 603616 DO STF: DOS PARÂMETROS PARA A VALIDADE DA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL

No julgamento do Recurso Extraordinário n. RE 603616 (com repercussão geral reconhecida), o Supremo Tribunal Federal (STF), sedimentou o entendimento de 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, “sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016).

Restou assinalado, ainda, durante o julgado que a Constituição estabelece, de forma específica e restrita, as hipóteses possíveis de violabilidade domiciliar, para que o local não se transforme em garantia de impunidade de crimes.

No recurso que serviu de padrão para a elaboração da tese, o cidadão indagou sobre a legalidade de sua condenação pelo crime de tráfico de drogas, em virtude da invasão em sua residência, sem mandado judicial de busca e apreensão, pelas autoridades policiais. Nesse ensejo, foram achados 8,5 kg de cocaína em seu veículo que estava na garagem. A polícia foi ao local pela informação dada pelo motorista de caminhão que foi preso por transportar o restante da droga. Conforme o entendimento majoritário do Plenário e nos termos do artigo 33 da Lei 11343/2006, possuir entorpecentes ilícitos em depósito configura-se crime permanente, tipificando, logo, a situação de flagrante delito cujo qual menciona ao dispositivo constitucional.

No feito questionou-se, portanto, a possibilidade ou não de se efetuar busca e

apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, em face da previsão constitucional referente à inviolabilidade de domicílio (XI do art. 5º da Constituição da República), e se se deve considerar, correlatamente, a ilicitude das provas colhidas dessa maneira (LVI do art. 5º da Constituição brasileira)

Ao observar a decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 603616, Sarlet, manifestou desse modo:

Em síntese, a inviolabilidade do domicílio é a regra; excepcionalmente, diante de “fundadas razões” (fatos indiciados e delimitados temporalmente), o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito – nesta última hipótese, a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas ex ante), pelo juiz. (SARLET, 2015, s.p.)

Assim, restou assentado o entendimento de que se dentro do local protegido (a “casa”; asilo inviolável) o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Ou seja, caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio.

Importante lembrar, nos termos do Código de Processo Penal, que considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e/ou; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Ou seja, a prisão em flagrante não depende de ordem judicial, considerando o seu caráter emergencial.

Diante disso, apresenta-se razoável e proporcional a decisão, na medida em que passa a admitir a entrada do agente público no domicílio alheio somente quando houver fundadas razões de que haja a incidência de um delito, o que deverá ser avaliado, posteriormente, a partir da verificação da verossimilhança e da plausibilidade da justificação por escrito, buscando-se, assim, coibir, e, até mesmo, responsabilizá-lo, quando de eventuais condutas arbitrária. De fato, somente a presença da justa causa necessária confere aos agentes das forças policiais a legitimidade necessária para sua ação, dada a necessidade de preservar a garantia

constitucional da inviolabilidade do domicílio. Ou seja, 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.

4. CONCLUSÃO

O objetivo geral desse trabalho consistiu em investigar o alcance do direito constitucional descrito no artigo 5º, inciso XI, da CF/88, relacionado ao princípio da inviolabilidade de domicílio. O intuito foi o de verificar se é possível a relativização dessa garantia diante das situações de prisão em flagrante, notadamente nos casos de tráfico de entorpecentes. Para alcançar esse propósito foram elencados alguns objetivos específicos, sobre os quais apresentam conclusões que se passam a expor.

A pesquisa se ocupou em apresentar o conceito e a extensão da garantia à inviolabilidade de domicílio e a sua exceção prevista no artigo 5º, inciso IX, da atual Constituição. Restou demonstrado que a inviolabilidade domiciliar está arrolada entre os direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta Magna, estando relacionado aos direitos de personalidade. Chegou-se, ainda, à conclusão de que o dispositivo constitucional supracitado elenca circunstâncias em que se permite a violação domiciliar, sem mandado judicial, seja de dia ou de noite; sendo situações emergenciais e que não tem como aguardar um por uma permissão do judiciário para penetrar no domicílio alheio, como o flagrante delito, desastre e prestação de socorro.

Durante o trabalho, restou comprovado também que o conceito constitucional de domicílio é mais amplo do que aquele que é adotado pela legislação penal e civil, abarcando todo e qualquer local de acesso restrito, uma vez que a proteção abrange o direito à vida privada e não se relaciona com o tipo de local ou de moradia.

Nesse linear, posteriormente passou-se à análise minuciosa sobre a inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico. Durante a pesquisa, restou verificado que o crime de tráfico de drogas está elencado no artigo 33 da Lei Antidrogas, admitindo tal delito, em algumas de suas modalidades a caracterização como crime permanente - aquele em

que o momento consumativo se prolonga no tempo.

Asseverou-se no trabalho que existe, no tocante à repressão das drogas no Brasil, uma busca estatal constante para que esse crime seja devidamente penalizado, e isso acaba possibilitando em algumas situações abusos policiais, sobretudo em comunidades mais periféricas.

Ao longo da pesquisa foi feita uma análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, mais especificamente sobre o julgamento do Recurso Extraordinário nº (603.616), o qual sedimentou o entendimento de que o ingresso no domicílio pela autoridade policial, sem mandado judicial, deve ter fundamentos para amparar a execução da função do agente, a qual deve estar vinculada à “fundadas razões”, sob pena de caracterizar arbitrariedade.

Ao final chegou-se à conclusão de que a inviolabilidade domiciliar é uma garantia que deve ser preservada e que deve ser excepcionada com cautela. Com efeito, por meio do RE 603.616 do STF restou regulado o ingresso dos policiais em domicílio desde que os agentes estatais comprovem no caso concreto a existência de fundadas razões - justa causa - que demonstrem a possibilidade da mitigação do direito fundamental abordado. Isto posto, é necessário que somente a partir da justa causa, sejam feitas diligências para a apuração dos elementos, pois na falta destes, poderá acarretar na nulidade do procedimento e na criação de provas ilícitas vedadas no ordenamento jurídico.

Nesse cenário, reconhecendo que o princípio que impera no processo penal é o princípio da proteção dos inocentes, corolário lógico da presunção constitucional de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição democrática, destaca-se que o limite ao poder punitivo estatal é tão necessário às garantias do cidadão quanto dos agentes públicos, que podem ser responsabilizados futuramente pela falta de limites na sua atuação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730672/inciso-xi-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 14 de abr. de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2** – parte especial: crimes contra a pessoa: SaraivaJur 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 5ed. SP; Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Pleno. Recurso Extraordinário n. 603616/RO . Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg. 05 nov. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, 10 maio 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864040028/recurso-extraordinario-re-603616-ro>>. Acesso em: 10 maio 2022.

CARVALHO, Paulo R; MENDONÇA, Andrey B. **Lei de drogas comentada.** 2. Ed. São Paulo: Método, 2008.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado.** 11 ed. Niterói: Impetus, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional:** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo W. **Decisão do STF sobre violação de domicílio indica posição prudencial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitosfundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial> Acesso em 23 mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/MIB/>>. Acesso em: 26 mai. 2022. p. 460.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 9ed. SP, Saraiva, 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito Penal: parte especial.** São Paulo: Atlas, 1999.