

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

EVERTON ABEGG

**A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVOLABILIDADE DO
DOMICÍLIO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

EVERTON ABEGG

**A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DO
DOMICÍLIO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Me. Renê Carlos Schubert Júnior

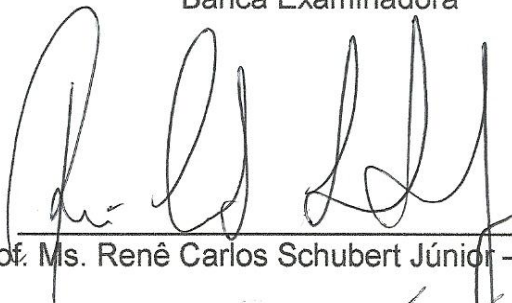
Santa Rosa
2017

EVERTON ABEGG

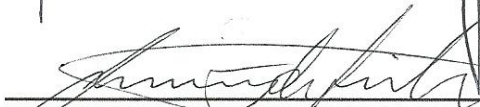
**A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DO
DOMICÍLIO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

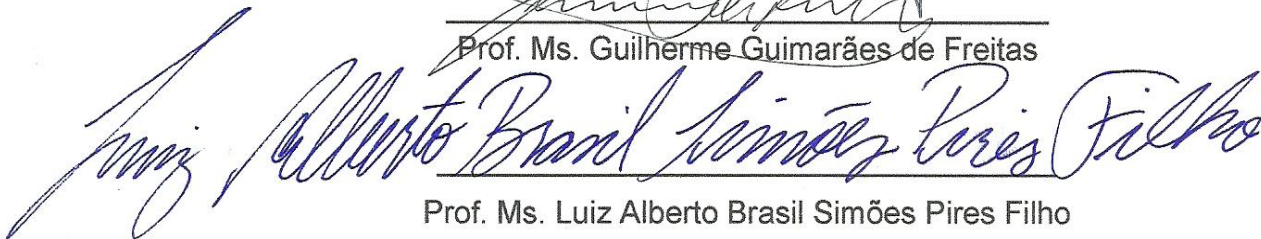
Banca Examinadora



Prof. Ms. René Carlos Schubert Júnior – Orientador



Prof. Ms. Guilherme Guimarães de Freitas



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

Santa Rosa, 05 de julho de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico a todos que de alguma forma contribuíram para que o presente trabalho pudesse ser concluído, e aos que auxiliaram na construção do meu conhecimento até aqui. A minha família, especialmente a minha esposa, pelo incentivo e por sempre acreditarem em mim, e na minha capacidade.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado saúde e força para vencer as dificuldades. A minha família, em especial a minha esposa, pelo apoio, compreensão e motivação. A todos os professores que direta ou indiretamente contribuíram em minha formação acadêmica, em singular ao meu orientador, prof. Renê Carlos Schubert Júnior, pela dedicação, comprometimento e ensinamentos passados na construção desta monografia.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

Albert Einstein

RESUMO

O tema desta monografia tem por escopo o estudo do Direito Constitucional da inviolabilidade do domicílio, tendo como delimitação temática, a relativização desse direito em face do crime de tráfico de drogas. Diante da temática exposta, o presente trabalho almeja responder ao seguinte problema: Em que medida o Direito Constitucional da inviolabilidade do domicílio prevalece sobre a Lei de Drogas no tocante à entrada não autorizada na residência do suspeito pelo cometimento do crime de tráfico? O referente estudo tem como objetivo geral, analisar o Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio e suas exceções, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da questão, a fim de verificar sua aplicação frente à repressão da prática do crime de tráfico de drogas, previsto na Lei nº 11.343/06, no tocante à entrada sem autorização no domicílio do suspeito por agentes policiais. O presente trabalho, na busca do conhecimento frente ao tema proposto, tem como objetivos específicos o estudo do direito à inviolabilidade do domicílio em uma retrospectiva histórica e sua influência no âmbito do Direito Civil, Penal e Constitucional, analisando a teleologia e os principais aspectos do crime de tráfico de drogas previsto na Lei 11.343/06, investigar a relativização do direito à inviolabilidade do domicílio em crime de tráfico de drogas e o posicionamento dos Tribunais à luz dos julgados do TJ/RS, STJ e STF. O tema se mostra relevante por confrontar temas sensíveis à comunidade jurídica, pois a temática se situa entre um Direito Constitucional e a busca pela repressão a um crime em crescimento vertiginoso no Brasil. A pesquisa caracteriza-se quanto a sua natureza, como teórica baseada em sua totalidade em pesquisa bibliográfica, buscando em doutrinas os conceitos e os entendimentos que serão comparados com a jurisprudência, sendo os dados coletados tratados de forma qualitativa e em relação aos objetivos propostos a pesquisa será descritiva analítica. Para a análise e a interpretação dos dados, o método de abordagem a ser utilizado é o hipotético-dedutivo. O método histórico fará parte dos procedimentos secundários pelo fato de ser importante realizar uma retrospectiva do Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio e da Lei de Drogas, demonstrando suas evoluções ao longo do tempo e suas aplicações atualmente. O trabalho será composto por dois capítulos, ambos subdivididos em três subtítulos, sendo que o primeiro capítulo tratará sobre o Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio, e o segundo capítulo falará sobre a Lei de Drogas e sua aplicação frente à inviolabilidade do domicílio. Ao final do estudo, com base na legislação vigente, doutrina e jurisprudência atual, pode-se dizer que o direito à inviolabilidade do domicílio não é absoluto, e havendo fundadas razões, os policiais podem ingressar no domicílio do suspeito do crime de tráfico de drogas sem qualquer autorização, seja durante o dia ou à noite, para fins de efetuar a prisão em flagrante delito, afastando-se a ilicitude da ação.

Palavras-Chave: inviolabilidade do domicílio – tráfico de drogas – flagrante delito – (i)licitude da prova.

ABSTRACT

The theme of this monograph is the study of the constitutional right of the inviolability of the domicile, having as a thematic delimitation, the relativization of this right in face of the drug traffic crime. In the face of the subject exposed, the present work longs for to answer to the following problem: To what extent the constitutional right of the inviolability of the home prevails on the Law of Drugs concerning the entrance not authorized in the suspect's residence for the undertaking of the crime of trafficking? The referring study has as general objective, to analyze the constitutional right of the inviolability of the home and their exceptions, through doctrinal and jurisprudential understandings concerning the subject, in order to verify its application in view of the repression of the practice of the crime of drug trafficking, provided in Law 11.343 / 06, with regard to the entry without authorization in the suspect's home by police officers. The present work, in the search of the knowledge front to the proposed theme, has as specific objectives the study of the right to the inviolability of the home in a historical retrospective and its influence in the extent of the Civil law, Penal and Constitutional, analyzing the teleology and the main aspects of the crime of drug trafficking provided in the Law 11.343/06, to investigate the relativization of the right to the inviolability of the home in drug traffic crime and the positioning of the Tribunals to the light of those judged of TJ / RS, STJ and STF. The theme is shown relevant for confronting sensitive themes to the juridical community, because the theme locates between a constitutional right and the search for the repression to a crime in vertiginous growing in Brazil. The research is characterized as to its nature, as theoretical based on its totality in bibliographical research, searching in doctrines the concepts and the understandings that will be compared with the jurisprudence, being the collected data treated in a qualitative way and in relation to the objectives proposed the research will be descriptive analytical. For the analysis and interpretation of the data, the approach method to be used is hypothetical-deductive. The historical method will be part of the secondary procedures for the fact of being important to accomplish a retrospective of the constitutional right of the inviolability of the home and of the Law of Drugs, demonstrating their evolutions along the time and their applications. The work will be composed by two chapters, both subdivided in three subheadings, and the first chapter will treat on the constitutional right to the inviolability of the home, and the second chapter will talk about the Law of Drugs and its application front to the inviolability of the domicile. At the end of the study, with base in the effective legislation, doctrine and current jurisprudence, it can be said that the right to the inviolability of the home is not absolute, and having founded reasons the police can enter the domicile of the suspect of the crime of drug trafficking without any authorization either during the day or at night, for the purpose of arrest in flagrante delicto, and removing the illegality of the action.

Keywords: inviolability of the domicile - drug trafficking - flagrante delicto - (un)lawfulness of proof.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS E SÍMBOLOS

Art. – artigo

Arts. – artigos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

EC – Emenda Constitucional

Inc. – inciso

Incs. – incisos

MP – Ministério Público

P. – página

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO	13
1.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO	13
1.2 TUTELA, EFICÁCIA E EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO	19
1.3 O FLAGRANTE DELITO COMO EXCLUSÃO DA INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO.....	29
2 A LEI DE DROGAS E SUA APLICAÇÃO FRENTE À INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO.....	37
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E ATUAL DA LEI DE DROGAS.....	37
2.2 DECISÕES DO TJ/RS E DO STJ SOBRE A INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	47
2.3 A POSIÇÃO DO STF EM RELAÇÃO AO TEMA	58
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

Na conjuntura atual do País estão em voga as discussões de relativização de direitos constitucionais em face da segurança pública, visando combater a sensação de impunidade que impera no Brasil. Nesse contexto o tema desta monografia trata sobre o Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio. Como delimitação temática, a presente pesquisa monográfica tratará sobre a relativização da inviolabilidade do domicílio no crime de tráfico de drogas.

A pesquisa será realizada com base na doutrina e nas jurisprudências no período de 2006 a 2017. Diante da temática exposta, o presente trabalho almeja responder ao seguinte problema: em que medida o Direito Constitucional da inviolabilidade do domicílio prevalece sobre a Lei penal de drogas nos posicionamentos jurisprudenciais brasileiros no tocante à entrada não autorizada em domicílio?

A referente pesquisa tem como objetivo geral analisar o Direito Constitucional da inviolabilidade do domicílio e suas exceções, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da questão, a fim de verificar sua aplicação frente à repressão da prática do crime de tráfico de drogas, previsto na Lei nº 11.343/06, no tocante à entrada sem autorização no domicílio do suspeito por agentes policiais.

O presente trabalho monográfico, na busca do conhecimento frente ao tema proposto, tem como objetivos específicos o estudo do direito à inviolabilidade do domicílio em uma retrospectiva histórica e sua influência no âmbito do Direito Civil, Penal e Constitucional, também analisar a teleologia e os principais aspectos do crime de tráfico de drogas previsto na Lei 11.343/06, e investigar a relativização do direito à inviolabilidade do domicílio no crime de tráfico de drogas e o posicionamento dos Tribunais à luz dos julgados do TJ/RS, STJ e STF.

A escolha do tema, objeto deste trabalho, se mostra relevante por confrontar temas sensíveis à comunidade jurídica, pois a temática se situa entre um Direito Constitucional e a busca pela repressão a um crime em crescimento vertiginoso no Brasil.

A temática tem por escopo orientar os agentes policiais a terem uma atuação mais segura e com maior amparo jurídico a respeito do fato, e demonstrar qual a maneira correta de ação para que possam executar o seu trabalho sem ferir direitos fundamentais inerentes aos cidadãos, alcançando a eficácia das ações realizadas. Dessa forma, crê-se que o tema terá relevância principalmente no meio funcional das instituições policiais e servirá futuramente como base para outras pesquisas sobre o assunto.

A pesquisa, da presente monografia, caracteriza-se quanto a sua natureza, como teórica, pois buscará embasar o tema da presente pesquisa por intermédio de conteúdo literário proveniente da doutrina, da legislação e de jurisprudências.

Os dados coletados serão tratados de forma qualitativa, pois buscará o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado interpretando de acordo com as hipóteses estabelecidas. Quanto aos objetivos propostos, a pesquisa será descritiva analítica, porque analisará rigorosamente o seu objeto, diagnosticando o problema.

Em relação aos dados e aos procedimentos técnicos, tal pesquisa será baseada em sua totalidade em pesquisa bibliográfica, buscando em doutrinas os conceitos e os entendimentos que serão comparados com as jurisprudências referentes ao tema pesquisado.

A documentação indireta nas suas duas variações será utilizada neste estudo com o intuito de operacionalizar os procedimentos técnicos, sendo elas: a) pesquisa documental ou em fontes primárias: arquivos públicos jurisprudenciais, leis; b) pesquisa bibliográfica ou em fontes secundárias: livros doutrinários, compilações, artigos científicos.

Para a análise e a interpretação dos dados, o método de abordagem a ser utilizado, com o objetivo de pesquisar o fenômeno social e jurídico proposto, permitindo alcançar o seu objetivo, é o hipotético-dedutivo, tendo em vista a elaboração das hipóteses: atentando-se que o tráfico de drogas é considerado pela doutrina crime permanente, é permissivo mencionar que é possível a polícia entrar no domicílio do suspeito do crime de tráfico de drogas sem qualquer autorização, seja durante o dia ou à noite, para fins de efetuar a prisão e apreensão de drogas, afastando-se a ilicitude da ação.

Por outro lado, sendo o domicílio protegido pela Lei Magna como asilo inviolável, a não observância dos preceitos legais para a entrada da polícia em seu

interior, ressalvadas as hipóteses constitucionais, torna a ação ilegal, assim como as provas resultantes desse procedimento, nos termos do art. 5º, inc. LVI, da CF.

Nesse viés, o método histórico fará parte dos procedimentos secundários, pelo fato de ser importante realizar uma retrospectiva do Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio e da Lei de Drogas, demonstrando suas evoluções ao longo do tempo e suas aplicações atualmente.

Este trabalho de conclusão de curso será composto por dois capítulos, sendo que o primeiro capítulo tratará sobre o Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio, que é dividido em três subtítulos, onde será exposto o contexto histórico, a tutela, eficácia e exceções constitucionais e abordagem específica a excludente de flagrante delito.

Já o segundo capítulo tratará sobre a Lei de Drogas e sua aplicação frente à inviolabilidade do domicílio e em seus subtítulos, será debatido sobre a contextualização histórica e atual da Lei de Drogas e a posição dos tribunais brasileiros frente à aplicação desta Lei, em relação ao Direito Constitucional de proteção ao domicílio, que será realizado através de análises jurisprudenciais.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental previsto no ordenamento Pátrio atual, mas que existe desde a Constituição Imperial. Tal direito consiste numa limitação da intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos.

A proteção ao domicílio está intimamente ligada aos direitos de propriedade, privacidade e intimidade, ambos consolidados na legislação brasileira, bem como, nos tratados internacionais de direitos humanos.

Para alcançar o objetivo da investigação proposta, é necessário compreender a evolução de tal direito, em uma retrospectiva histórica, e sua aplicação na legislação atual. Destarte, esse é o propósito deste capítulo.

1.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Segundo Rubens Geraldi Bertolo, “[...] os direitos fundamentais tiveram início como perspectiva filosófica, pois surgiram do pensamento do ser humano.” (BERTOLO, 2003, p. 17). Na Grécia Antiga o homem já era colocado no centro da filosofia e já se tinham ideias de dignidade e igualdade.

Ao abandonar a característica nômade, a sociedade humana desenvolveu a necessidade de individualização, principalmente do território, onde as relações interpessoais, condutas e organização social eram regidas pela religião.

Segundo Fustel de Coulanges, cada família tinha adoração pelo seu lar e seus antepassados, porquanto considerava seus antepassados seus próprios deuses que “[...] não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva.” (COULANGES, 1961, p. 52).

As famílias construía um altar para esses deuses, e ficavam reunidas naquelas terras ao redor do altar e ali tinham sua morada permanente, que jamais deveriam abandonar, a não ser quando obrigada por motivo de força maior. Esse local se tinha como domicílio daquela família. (COULANGES, 1961).

A proteção ao domicílio se dava de forma religiosa e não social. “Nessa época, a família era protegida pela divindade doméstica e, penetrar na casa com

intenções maléficas, representava um sacrilégio. [...] o deus doméstico repelia o ladrão e afastava o inimigo.” (COULANGES, 1961, p. 54).

Com o decorrer do tempo e a evolução do direito, começaram a surgir alguns antecedentes formais das declarações de direitos que mais tarde iriam ocorrer, “[...] como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios e Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra certos cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*”, antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade (SILVA, 2014, p. 152).

No direito Romano, o domicílio era resguardado pela figura do pretor e também pela *Lex Cornelia de iniuriis*, e a perturbação da paz doméstica era considerada *iniuria*, ou seja, ofensa contra a pessoa. A violação de domicílio era considerada uma das hipóteses de ofensa contra a pessoa, pois não havia nenhuma ação específica para tal fato (GROTTI, 1993).

O direito germânico também resguardava a paz doméstica, e sua perturbação constituía crime. “Também aquele que ficava exposto à *faida*, isto é, à vingança de parentes do ofendido, encontrava em casa o refúgio seguro e inviolável.” (GROTTI, 1993, p.16). A invasão do domicílio ou ainda, o lançamento de objetos na casa de outrem ou em suas dependências, assim como no direito romano, era considerado delito de *iniuria*.

Com o advento do cristianismo, criou-se a concepção de que todo o ser humano, por ter sido criado a imagem e semelhança de Deus, tinha direitos irrenunciáveis que deveriam ser respeitados por todos. Apesar de ser considerado antecedente básico dos direitos fundamentais, a própria igreja fazia distinções entre classes sociais, e o indivíduo que não renunciasse as suas crenças e se confessasse à igreja católica, era considerado herege e condenado à morte (BERTOLO, 2003).

Na Idade Média, começaram a surgir declarações mais diretas de direitos fundamentais, consubstanciadas no direito natural. Nesse movimento, destaca-se a Magna Carta de 1215, considerada um marco nos direitos humanos, assinada pelo Rei João Sem Terra da Inglaterra após forte pressão dos barões ingleses, a qual previa limitações aos poderes do governo e alguns direitos aos súditos.

É uníssono na doutrina que a proteção ao domicílio teve na Inglaterra substancial reconhecimento. Conforme Alexandre de Moraes, a inviolabilidade

domiciliar é uma das mais antigas e importantes garantias individuais da sociedade civilizada, enraizada mundialmente a partir das tradições inglesas. (MORAES, 2014). Tal questão, segundo o autor acima citado, resta averiguada no discurso do Lord Chatham no Parlamento britânico:

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. (MORAES, 2014, p. 55).

A partir do século XVII, começaram a surgir novos mecanismos de limitações ao poder absoluto e declarações de direitos que inspiraram a criação e a evolução dos direitos e garantias dos ordenamentos jurídicos atuais. Esse movimento lastreado pelas ideias iluministas de filósofos como Montesquieu, Rousseau, Hobbes, Locke, Grotius e Kant, tiveram significativa influência, principalmente na revolução americana e francesa (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Em 1679, durante conturbado período na Inglaterra, com o objetivo de limitar o poder real, principalmente o de prender os opositores políticos, foi adequado o *Habeas-Corpus*. Este remédio jurídico já existia na Inglaterra, mesmo antes da Magna Carta de 1215, porém, sua eficácia era muito reduzida, o que veio a ser corrigido através da Lei de 1679 (COMPARATO, 2003).

A importância histórica do habeas-corpus, tal como regulamentado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. (COMPARATO, 2003, p. 86).

Outro marco dos direitos fundamentais é o *Bill of Right*, um dos mais importantes documentos do Reino Unido e integra o texto constitucional. Essa Declaração de Direitos foi aprovada pelo Príncipe Orange em 1689, que dentre outros direitos, passava a competência para o parlamento de legislar e criar tributos, dando garantias especiais para preservação de tal órgão político diante do rei, representando a institucionalização da separação dos poderes no Estado (COMPARATO, 2003).

O *Bill of Right* de 1689, veio a fortalecer o movimento de garantias institucionais, ainda que não tenha sido uma declaração de direitos humanos como as que seriam declaradas na independência dos Estados Unidos e na Revolução

Francesa, “[...] estabeleceu uma forma de organização de Estado baseada na separação de poderes, cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 33).

O reconhecimento dos direitos humanos ocorreu de forma estatal com a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que ocorreu na França em 1789 (COMPARATO, 2003).

Os direitos conquistados pelos ingleses geraram reflexos em suas colônias, sendo reproduzidos na revolução americana. Nesse sentido, leciona Fábio Konder Comparato:

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade democrática, com respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. Até então, soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados. (COMPARATO, 2003, p. 103-104).

Na Revolução Francesa de 1789, os direitos fundamentais foram reafirmados com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Com seu lema liberdade, igualdade e fraternidade, tornou-se marco fundamental na história dos direitos humanos, e uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos. Com a pretensão de tornar-se uma nova ordem social, afirmou que o homem tem direitos naturais inalienáveis por sua condição, que se estendem a todos os povos, e fixou os princípios tributários, da legalidade, tipicidade penal, e o direito a propriedade (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

No tocante a inviolabilidade do domicílio, teve previsão legal na França, na Declaração de Direitos da Constituição de 1791. “A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exija evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”. Nos Estados Unidos, a previsão constitucional, a este direito ocorreu com a quarta emenda ao *Bill of Right* em 1792. (COMPARATO, 2003).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a humanidade empreendeu esforços para a universalização e proteção dos direitos humanos. Sobre esse fenômeno, Comparato explica:

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos. (COMPARATO, 2003, p. 37).

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual “[...] consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso de valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (PIOVESAN, 2013, p. 209).

Segundo Flávia Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida ainda sob os impactos das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e objetivava delinear uma ordem pública fundada no respeito à dignidade humana ao consagrar valores básicos universais (PIOVESAN, 2013).

Nesse sentido, aduz a autora acima mencionada:

Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda a pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é requisito único e exclusivo para a titularidade do direito. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento de direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional de Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2013, p. 210).

Em seus trinta artigos, a Declaração reconhece os direitos fundamentais do homem, e em seu artigo XII, consagra a proteção ao domicílio. “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação.” (GROTTI, 1993, p. 159).

Após a Declaração Universal, na busca de garantir a efetividade desses direitos, foram criados novos tratados e convenções de direitos humanos, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos

Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, as quais também deram atenção à proteção domiciliar.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem apresenta em suas várias disposições, proteção à vida privada e familiar, sendo disposto em seu artigo 8º:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver interferência da autoridade pública no exercício deste direito, a não ser que esta interferência esteja prevista na lei e constitua uma providencia que, em uma sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar econômico do país, à defesa da ordem e à preservação das infrações penais, à proteção da saúde ou da moral, ou à proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. (GROTTI, 1993, p. 158).

Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, o qual o Brasil é signatário e foi incorporada a Constituição em 6 de novembro de 1992, traz em seu artigo 11, 2, o devido resguardo ao domicílio: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. (GROTTI, 1993, p. 161).

As Constituições brasileiras reconheceram a inviolabilidade do domicílio e todas as que sucederam a Imperial, estenderam esse direito não só aos brasileiros, como também aos estrangeiros aqui residentes ou em trânsito. A Carta imperial de 1824, já tinha o domicílio como asilo inviolável, com previsão em seu art. 179, inc. VII:

VII - Todo o cidadão tem em sua casa um asylo inviolável. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. (BRASIL,1824).

Como se percebe, somente havia a possibilidade de entrar na casa à noite sem o consentimento do proprietário para defendê-lo de incêndio ou inundação. De modo geral, a primeira Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72, § 11, repetiu os termos da Carta de 1824:

§11- A casa é asylo inviolável do individuo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as victimas de

crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescriptos na lei. (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1934 e a de 1937 seguiram com a previsão de inviolabilidade do domicílio aos moldes da Lei Magna de 1891. Em 1942, com a declaração de estado de guerra, tal direito foi suspenso pelo Decreto 10.358 de 31.08.1942, sendo retomado pela Constituição de 1946, a qual possuía redação muito semelhante a das anteriores. O Texto Maior de 1967, em seu art. 153, deu nova redação ao direito estudado.

§10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem o consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. (BRASIL, 1967).

A previsão que trazia a Constituição de 1967 muito se assemelhava a da que está em vigor na atual Constituição de 1988, a qual possui em seu art. 5º, inc. XI:

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).

Nota-se que a proteção ao domicílio, existe nas relações entre os homens desde a antiguidade. No princípio, era regida pela religião e tradições locais, porém com a evolução dos direitos humanos, teve sua previsão positivada nas Constituições e declarações de direitos humanos. Por sua importância, é protegida pelos principais documentos internacionais, pois dela dependem outros direitos e liberdades que são indispensáveis ao bem-estar e segurança dos cidadãos.

Dessa forma se faz necessário analisar o direito a inviolabilidade do domicílio, quanto a sua aplicação na legislação pátria e sua influência nos diferentes ramos do direito.

1.2 TUTELA, EFICÁCIA E EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

A inviolabilidade do domicílio tem eficácia vertical e horizontal, protege da intervenção estatal, como a de outros cidadãos. Isso gera obrigação negativa e ao

mesmo tempo positiva por parte do Estado. Negativa no tocante a não violar o domicílio das pessoas e positiva, no que se refere a propiciar a segurança necessária para garantir esse direito.

A proteção do domicílio faz parte dos direitos fundamentais de 1ª dimensão, que são os direitos de liberdade, civis e políticos. Paulo Bonavides afirma que esses direitos têm por titular o indivíduo, e são oponíveis ao Estado, sendo assim, uma faculdade ou tributo do indivíduo, “[...] são direitos de resistência ou oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2015, p.578).

Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais “[...] são aqueles direitos que receberam da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; são imutáveis, ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda a Constituição.” (BONAVIDES, 2015, p.578).

No entanto, existe distinção entre direitos e garantias constitucionais, as garantias são meios de defesa, que são postos diante dos direitos, que garantem a sua efetividade. Garantias são “[...] a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia.” (BONAVIDES, 2015, p. 539). Bonavides apud Carlos Sánchez Viamonte:

Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que armado com ela possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política. (BONAVIDES, 2015, p.539, apud, VIAMONTE, 1956, p.1).

José Afonso da Silva apud Ruy Babosa faz distinção entre disposições declaratórias e assecuratórias. As declaratórias são as que exprimem existência legal aos direitos reconhecidos, instituem direitos, e as disposições assecuratórias são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder, ou seja, instituem garantias; “[...] ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (SILVA, 2014, p.416, apud, BARBOSA, 1978, p.124).

Nesse diapasão, o autor acima citado leciona que, não é raro o direito fundamental se exprimir pela norma de garantia como ocorre no art. 5º, inc. XI da CF/88, que trata da inviolabilidade domicílio. O direito fundamental: a casa é o asilo inviolável do indivíduo. A garantia: a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante

delito ou de desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. (SILVA, 2014).

No tocante a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho divide as normas em dois grupos: as normas exequíveis por si só e as normas não exequíveis por si só (FERREIRA FILHO, 2013).

As normas exequíveis por si só, são as que podem ser aplicadas sem qualquer complementação, são autoexecutáveis. Já as normas não exequíveis por si só são divididas em: norma programática, aquela que prevê uma política pública, uma legislação específica; normas de estruturação, as quais instituem entes ou órgãos, deixando ao direito infraconstitucional suas estruturações; e normas condicionadas, que são normas completas, que poderiam ser autoexecutáveis, mas a Constituição condicionou a lei infraconstitucional (FERREIRA FILHO, 2013).

No entanto, Silva divide as normas em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (SILVA, 2009).

As normas constitucionais de eficácia plena são as que produzem todos seus efeitos essenciais, diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. Têm sua aplicabilidade de forma direta, imediata e integral sobre o objeto de sua regulamentação jurídica, porque possui todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, ou seja, são autoaplicáveis (SILVA, 2009).

Para Silva, as normas constitucionais de eficácia plena, são as que contêm vedações ou proibições; atribuem isenções, imunidades e prerrogativas; não designam órgão ou autoridade para sua execução; não indicam processos especiais para sua execução; não exijam a elaboração de leis que lhes completem o alcance, sentido ou conteúdo (SILVA, 2009).

As normas de eficácia plena são aplicáveis e tem seus efeitos produzidos de forma imediata, desde a promulgação da Constituição, não necessitando de regulamentação. Como é o caso do §1º do art. 46, dentre outros previstos na Lei Magna Brasileira: “Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores com mandato de oito anos” (BRASIL, 1988).

As normas constitucionais de eficácia contida, assim como as de eficácia plena, têm sua aplicação imediata, visto que o constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria, porém, possuem dispositivos que

dependem de lei ordinária para manter sua eficácia contida em certos limites. Silva define normas constitucionais de eficácia contida como:

[...] aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (SILVA, 2009, p. 116).

Para Silva, algumas dessas normas contêm conceitos éticos jurídicos como as expressões de ordem pública, segurança nacional, bons costumes, com valores societários ou políticos a preservar, que implica a limitação de sua eficácia. Sua eficácia também pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, como no estado de sítio. (SILVA, 2009).

A aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia contida é imediata e direta, tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário. Sua aplicabilidade não se subordina a legislação ulterior, mas sim os limites, que posteriormente seja estabelecido mediante lei ordinária, ou circunstâncias constitucionais restritivas, na forma permitida pelo direito objetivo, como a atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional (SILVA, 2009).

No que se refere à aplicação da norma constitucional de proteção ao domicílio, esta possui eficácia contida e aplicabilidade imediata, existindo elementos de contenção na própria previsão constitucional: flagrante delito, desastre, prestação de socorro e mandado judicial.

Sobre o assunto, Bertolo leciona que “[...] a inviolabilidade de domicílio é uma norma constitucional de eficácia contida, pois o magistrado poderá restringi-la, autorizando a invasão, ato este considerado constitucional, e como consequência, a casa não terá proteção integral.” (BERTOLO, 2003, p. 127).

O domicílio para ser invadido não precisa de regulamentação infraconstitucional, mas o fato de a Constituição reconhecer ao magistrado a possibilidade de autorizar a entrada na casa deixa evidente que a eficácia foi contida pela reserva judicial (BERTOLO, 2003).

As normas constitucionais de eficácia limitada não produzem seus efeitos de imediato e necessitam de regulamentação infraconstitucional para seu integral cumprimento. Conforme Silva, “[...] o legislador constituinte, por qualquer motivo,

não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.” (SILVA, 2009, p. 83).

Com efeito, estas normas somente passam a incidir sobre os interesses da matéria após regulamentação posterior que lhes desenvolva a eficácia. Como fica evidente no art. 33, da Constituição Pátria “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.” É necessária lei ulterior para regulamentar o tema (BRASIL, 1988).

No tocante a tutela constitucional da norma de inviolabilidade do domicílio, muito embora a Constituição utilize o termo casa e não domicílio, esse deve ser interpretado em sentido amplo, pois não guarda relação de propriedade, mas sim, de posse e não necessariamente precisa ser de cunho residencial. Para Gilmar Ferreira Mendes, o “[...] domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões.” (MENDES, 2009, p. 430).

O conceito constitucional de domicílio é mais amplo do que o aludido pelo art. 70 do CC, “[...] lugar onde a pessoa natural estabelece a sua residência com ânimo definitivo” (BRASIL, 2002). Nesse diapasão, Maria Helena Diniz amplia esse conceito lecionando que “[...] domicílio é a sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos.” (DINIZ, 2015, p. 252).

Para Dinorá Grotti, domicílio “[...] é o local onde a pessoa responde permanentemente por seus negócios e atos jurídicos”. A residência “[...] é o lugar em que o indivíduo habita com intensão de permanecer, mesmo se ausentando temporariamente”, e habitação ou moradia “[...] é local em que a pessoa permanece acidentalmente, sem ânimo de ficar.” (GROTTI, 1993, p. 65).

Importante salientar que esta distinção se faz necessária no direito civil, porque cada uma dessas situações tem seu valor jurídico de influência nas relações jurídicas, o que não ocorre no direito constitucional, onde todos são invioláveis.

O conceito de domicílio no Direito Penal, não guarda relação com o significado a ele atribuído no Direito Civil, uma vez que “[...] o Código Penal ao prever o crime de violação de domicílio, e incluí-lo entre os crimes contra a liberdade individual, fundamenta-se no Direito Constitucional e procura proteger o domicílio, com a latitude assegurada na Constituição.” (GROTTI, 1993, p.70).

A tutela constitucional da inviolabilidade do domicílio se vincula com a proteção à liberdade e intimidade do indivíduo e à privacidade de suas atividades

profissionais. Para Bertolo, “[...] a privacidade é o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele próprio mantém sob seu exclusivo controle”, enquanto a intimidade possui campo mais restrito, “[...] se refere ao local tranquilo de estar só, sem interferência de quem quer que seja.” (BERTOLO, 2003, p. 14).

Silva salienta que o objeto da tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, onde proteção à privacidade, a intimidade e a vida privada se mostram aspectos importantes. Porém, as exceções constitucionais a essa proteção estão ligadas 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 do crime.” (SILVA, 2014, p. 440).

Sobre o assunto, leciona o autor:

Aqui cumpre lembrar que, ao estatuir que a casa é o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI), a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. A casa asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual). Tem-se perguntado se está compreendida também a liberdade de relações homossexuais. Não temos dúvida em responder que sim. No recesso da casa, por certo que esta é também uma esfera íntima, um segredo da vida privada, que está protegido pelo direito à intimidade. Acha-se também reconhecida a liberdade do domicílio, no sentido de que a pessoa tem o direito de mudar seu asilo individual e familiar segundo escolha de conveniência, o que, aliás, é manifestação também de liberdade de locomoção. (SILVA, 2014, p. 209).

Conforme se denota, o autor acima mencionado deixa evidente que a proteção do domicílio não tem nenhuma relação com direito de posse ou propriedade, mas sim com o direito a privacidade, a intimidade, a tranquilidade e a segurança individual e familiar do indivíduo.

Gilmar Mendes ao tratar do objeto da inviolabilidade domiciliar, afirma que esse instituto está vinculado à intimidade do indivíduo e à privacidade de suas atividades profissionais, citando jurisprudência do STF (MS-MC 23.595 Rel. Min. Celso de Mello):

[...] o STF vê como objeto da garantia constitucional do inciso XI do art. 5º da CF “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento onde alguém exerce profissão ou atividade”. (MENDES, 2009, p. 431).

Para Moraes, considera-se domicílio “[...] todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito.” (MORAES, 2014, p. 55-56).

Nesse sentido, recebe proteção da lei não somente o espaço destinado à habitação, mas também ao de desenvolvimento de atividade profissional. Porém, não tem a proteção da lei as dependências ou compartimentos abertos ao público, como salas de recepção ou de espera onde pessoas podem entrar e sair livremente (GROTTI, 1993).

Segundo Mendes, é abrangido pelo conceito de domicílio o lugar fechado onde o indivíduo exerce suas atividades. Esse lugar pode ser a residência da pessoa, independente de ser própria ou alugada. Também independem de ser fixa na terra ou não, como *trailer* e barco (MENDES, 2009).

Habitações coletivas, como o quarto de hotel, de pensão ou de motel, são abarcados nessa proteção. “No conceito de casa incluem-se o jardim, a garagem, o quintal, as partes externas da casa na delimitação das suas divisas espaciais.” (GROTTI, 1993, p.76).

No entanto, Fernando Capez diverge desse entendimento. Para ele, para que o jardim receba a proteção da lei, esse deve estar bem delimitado com muros ou cercas (CAPEZ, 2012). Ladeado a esse entendimento, leciona Bitencourt:

As dependências de casa, para integrarem o conceito jurídico-penal de casa, devem ser cercadas (gradeadas ou muradas) e são espaços acessórios ou complementares da morada ou habitação; entendem-se como tais dependências os anexos ou compartimentos conjugados, como jardim, quintal, pátio, garagem, pomar, adega etc. Os grandes jardins de grandes residências, quando não são cercados, não caracterizam dependência da residência, e, ademais, neles não se entra, pois são abertos. O que caracteriza a *dependência* da morada é a sua proximidade e interdependência, e as atividades ali desenvolvidas são intimamente necessárias aos seus moradores.(BITENCOURT, 2015, p.1101).

No Direito Penal, a violação ao domicílio é prevista como crime no art. 150, do CP: “[...] entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.” Tendo como forma qualificada, se cometido durante a noite, ou em lugar ermo, com

emprego de violência, ou com emprego de arma, e causa de aumento de pena se cometido por funcionário público (BRASIL, 1940).

O bem jurídico tutelado é a liberdade individual em que se pretende resguardar a moradia do indivíduo, local onde escolheu para conviver com sua família. Tal preceito jurídico não visa à proteção da posse ou propriedade, mas sim, a intimidade e privacidade doméstica, “[...] caso contrário teria de criminalizar a violação de casa desabitada.” (BITENCOURT, 2015, p.1094).

O Código Penal define o termo casa como qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (BRASIL, 1940).

Acerca do assunto, Capez esclarece que, o compartimento habitado pode ser móvel como um *trailer* ou um iate. O aposento ocupado de habitação coletiva refere-se ao espaço ocupado por várias pessoas, como o cômodo de um cortiço ou quarto de hotel, porém só recebe proteção a parte ocupada privativamente pelos moradores, excluindo espaços de uso comum (CAPEZ, 2012).

No que tange ao local destinado ao exercício da profissão, trata-se do espaço dedicado exclusivamente à profissão, como escritório do advogado ou consultório do dentista, contudo, excluem-se os espaços aberto ao público onde as pessoas podem transitar livremente. “A *contrario sensu*, porém, deve-se concluir que compartimento aberto ao público não está abrangido pela definição “casa”, como, por exemplo, bar, cinema, teatro, restaurante, loja etc.” (BITENCOURT, 2015, p.1.101).

A Lei penal esclarece que não se enquadra no termo “casa” hospedarias, estalagens ou habitações coletivas, enquanto abertas, salvo local ocupado privativamente pelos moradores, bem como tavernas, casas de jogos e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1940).

Dessa forma “[...] estão excluídos da proteção legal bares, restaurantes, lanchonetes, lojas, bingos, casas lotéricas, cujo acesso é liberado ao público. A parte interna desses locais, cujo acesso é vedado ao público, é protegida pela lei.” (CAPEZ, 2012, p. 28).

No entanto, a inviolabilidade não é absoluta, uma vez que a própria Constituição estabelece exceções: consentimento do morador, flagrante delito, em caso de desastre, para prestar socorro ou durante o dia por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Sobre as exceções, Cezar Bitencourt leciona que não há direitos absolutos e que todos devem sujeitar-se as exigências e necessidades da coletividade, quando preponderantes, e divide as excludentes de antijuridicidade em três categorias: as especiais, as constitucionais e as gerais (BITENCOURT, 2015).

As excludentes especiais são as previstas exclusivamente para esse tipo penal do crime de violação de domicílio no § 3º, do art. 150 CP. Nesse sentido se manifesta o autor acima citado:

Seguindo essa orientação, o § 3º do art. 150 do CP prescreve duas hipóteses em que a ação de entrar ou permanecer em “casa alheia ou em suas dependências” não constitui crime: I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo praticado ou na iminência de o ser. (BITENCOURT, 2015, p.1136).

As excludentes constitucionais são as previstas no art. 5º, inc. XI, da Constituição, em que ela própria estabelece exceções que autorizam a intervenção no recesso do lar, “[...] independente da vontade de quem de direito, desde que cumpridas as formalidades legais e constitucionais.” (BITENCOURT, 2015, p. 1136). E as excludentes gerais, são as previstas na parte geral do Código Penal: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (BITENCOURT, 2015).

Com o consentimento do morador, a casa pode ser penetrada durante o dia ou à noite. A aquiescência dele afasta a hipótese de violação de domicílio, seja qual for o motivo da incursão, visita ou investigação policial. Tal consentimento pode ser expresso ou tácito. No entanto, pode haver hipóteses de mais de um titular causando conflito quanto à permissão para se ingressar na casa (GROTTI, 1993).

Consoante Grotti, havendo mais de um titular, a autorização cabe ao chefe da casa, ressalvada a previsão do art. 226, § 5º, CF/88, que estabelece a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal. E em igualdade de condições, “[...] as divergências devem ser resolvidas em favor da proibição de ingresso ou de permanência na casa.” (GROTTI, 1993, p.108).

Não é necessário o consentimento do morador em caso de desastre. Nessa perspectiva, Mendes define que:

Desastre tem sentido de acontecimento calamitoso, de que fazem exemplos a inundação, o deslizamento de terras e o incêndio. Trata-se do episódio que ameaça e põe em risco a saúde ou a vida de quem se encontra no

recinto protegido constitucionalmente. Nesses casos, o domicílio pode ser invadido para salvar quem sofre o perigo. Permite-se, também, o ingresso na casa alheia para que quem está fora possa salvar-se de um desastre, como no evento em que o indivíduo rompe a parede de prédio contíguo para escapar de incêndio no seu próprio edifício. (MENDES, 2009, p. 433-434).

A prestação de socorro, também possui previsão constitucionalmente como exceção à inviolabilidade do domicílio. Não é qualquer auxílio que legitimará a entrada em domicílio alheio sem a devida autorização. Configura-se, quando em casa alheia, alguém esteja correndo sério risco e não se tenha como obter a permissão da entrada. Se puder manifestar o pedido de ajuda, estará autorizando a entrada no domicílio (MENDES, 2009).

Outra exceção prevista na Constituição, é que se pode penetrar no domicílio durante o dia, por determinação judicial. A doutrina não é unânime sobre no que compreende a expressão “dia” e a extensão do período diurno para proteção domiciliar.

Parte dos doutrinadores defende o aspecto físico-astronômico, em que dia é definido pela luz solar. Essa é posição de Mendes, pois “[...] corresponde ao conceito de dia, todas as horas compreendidas entre o nascer e o pôr-do-sol.” (MENDES, 2009, p. 434). Outros defendem o critério do horário, como é o caso de Silva: “[...] o dia se estende das 6 às 18 horas.” (SILVA, 2014, p. 437).

A determinação judicial que autorizar a busca e apreensão domiciliar deve ser baseada em fundadas razões como previsto no art. 240, do CPP, que podem ser provas ou indícios relativamente convincentes quanto à necessidade da medida. A busca e apreensão não podem ser baseadas em denúncia anônima, porquanto “[...] a diligência proveniente apenas dessa natureza de informação é ilícita, mesmo porque o anonimato é vedado pela *Lex Fundamentallis* (art. 5º, IV, da CF).” (AVENA, 2014, p. 575).

Também é exigido do mandado de busca e apreensão domiciliar que seja determinado, contendo explícito o nome da rua e o número da casa, ou ao menos determinável, com o local da busca e quem reside. Ainda, deve ser definido o objeto da providência, se destinado à apreensão de armas, localização de drogas, obtenção de documentos etc. (AVENA, 2014). Nesse passo, Grotti menciona que “[...] a ordem não pode ser geral (ordem para revistar todas as casas de um logradouro, vila ou o que seja). A cada casa deve corresponder uma ordem singular.” (GROTTI, 1993, p.122).

No entanto, de forma excepcional, poderá ser autorizado pelo juiz que a busca e apreensão ocorra no período da noite.

É o caso, por exemplo, de a providência ser destinada à localização de menores em casas de prostituição clandestinas (aparentemente simples residências, mas onde se realizam, na verdade, encontros para fins libidinosos) e cujo funcionamento haja notícia de que ocorre apenas à noite. Cabe ressaltar que ao deliberar sobre o inquérito 2.424/RJ (j. 20.11.2008), o STF aceitou como válida busca e apreensão realizada em período noturno, utilizando, como um dos fundamentos para tanto, o fato de que a medida, no caso concreto, se realizada durante o dia, seria ineficaz. (AVENA, 2014, p. 577).

Os casos de flagrante delito constituem formas excludentes do direito constitucional de inviolabilidade do domicílio. Essa excludente, porém, será conceituada e melhor apresentada na sequência.

1.3 O FLAGRANTE DELITO COMO EXCLUSÃO DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

A palavra flagrante vem do latim *flagrans*, que significa ardente, queimante. Com efeito, flagrante delito é o momento que o delito está ardente, queimante, “[...] a certeza visual do crime” (CASTELO BRANCO, 2001 p. 14). Sobre o conceito de flagrante delito, Paulo Rangel leciona:

No sentido jurídico, é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada. (RANGEL, 2015, p.774-775).

Para Norberto Avena, o flagrante é forma de prisão expressamente autorizada pela Constituição Federal. Rege-se pela causalidade, pois o flagrado é surpreendido no decorrer da prática da infração ou momentos depois. (AVENA, 2014).

A legislação brasileira não faz distinção de flagrante em crimes ou contravenções penais, utilizando-se da expressão flagrante delito para ambos os institutos jurídicos.

Tales Castelo Branco, afirma que a expressão flagrante delito pode ser substituída por prisão em flagrante. “Não se justifica mais a preservação duma

identidade que a linguagem cotidiana do foro destruiu, [...] tanto se pode ser preso em crime flagrante, quanto em contravenção flagrante, daí a preferência pela expressão simples e clara de ser preso em flagrante.” (CASTELO BRANCO, 2001, p. 16).

A prisão em flagrante já era contemplada na legislação mosaica, pois só nos casos de flagrante delito era permitida a prisão antes do comparecimento do indiciado perante o tribunal para sua defesa. A Lei das XII Tábuas, entre os romanos, previa o *flagrans crimen*, que consentia na morte de ladrões presos em flagrante durante a noite, a qualquer hora, e durante o dia se resistissem .à prisão com armas (CASTELO BRANCO, 2001).

Tal instituto prosperou demasiadamente nas legislações francesa e italiana. Na França, em 1670, conhecido por *forefactum*, o flagrante delito recebeu, com a Ordenança criminal de Luis XIV, atribuições de duplo efeito, que se relacionava a faculdade da prisão e a competência do juiz. Em 1791, se estabeleceu que, “[...] em caso de flagrante delito ou com clamor público, o oficial de polícia fará prender e trazer diante dele os acusados, sem esperar as declarações das testemunhas, e se não forem presos, expedirá mandado de condução para obrigá-los a comparecer.” (CASTELO BRANCO, 2001, p.21).

Em 1808, os franceses em seu Código de Instrução Criminal definiram o que em linhas gerais serviu de modelos para outras legislações. Segundo Castelo Branco apud Faustin Hélie foi estabelecida esta proposição:

Revela-se o flagrante delito quando o acusado é surpreendido, quer na execução mesma do crime, quer nos atos que seguem imediatamente a esta execução e que a ligam estreitamente, ou quando ele é perseguido pelo clamor público, ou encontrado com os objetos, armas do crime, contatando que esta apreensão se dê em tempo muito próximo ao delito. (CASTELO BRANCO, 2001, p.23).

No Brasil, durante a vigência da legislação colonial, o flagrante delito tinha duplo efeito: autorizar o juiz a proceder *ex officio* e dar a qualquer do povo o direito de prender o delinquente e apresenta-lo ao juiz antes de ser levado ao cárcere. O flagrante era considerado, “[...] não só quando o delinquente era encontrado no local da infração, cometendo a infração, como também quando, não encontrado no lugar, estava ainda, em ato contínuo ou pouco tempo depois, fugindo ao seguimento dos agentes da autoridade.” (CASTELO BRANCO, 2001, p.25).

Em maio de 1821, o então príncipe regente D. Pedro I, por meio de um decreto deliberou sobre a prisão em flagrante e o dever de qualquer membro do povo de realizar a prisão em flagrante delito.

Hei por bem excitar, por a maneira mais efficaz e rigorosa, a observancia da sobre mencionada legislação, ampliando-a, e ordenando, como por este Decreto Ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. Ordeno em segundo lugar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quaes jurem contestes assim o facto, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutoria que o obrigues a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente. determino em terceiro lugar que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos se lhes faça immediata, e successivamente o processo, que deve findar dentro de 48 horas peremptorias, improrrogaveis, e contadas do momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réos com as testemunhas que os culpam, e ficando alertas, e publicas todas as provas, que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguem se devem difficultar, ou tolher, exceptuando-se por ora das disposições deste paragrapho os casos, que provados, merecerem por as Leis do Reino pena de morte, acerca dos quases se procederá infallivelmente nos termos dos §§ 1º e 2º do Alvará de 31 de março de 1742. (BRASIL, 1821).

Logo após, em 1824, o Brasil teve a sua primeira Constituição, a Carta Imperial, a qual traçava novos rumos para a pátria independente e tratava da prisão em flagrante em seu art. 179, §10º, “A excepção de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a Lei determinar” (BRASIL, 1824).

A promulgação do Código de Processo Criminal, em 1832, definiu com mais segurança o instituto do flagrante delito, tornando facultativa a prisão realizada por particulares, e compulsória para os oficiais de justiça, bem como, exigia que a perseguição fosse acompanhada de clamor público.

Art. 131. Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto. (BRASIL, 1832).

Com o advento da República, a Constituição de 1891 aprimorou a norma já consagrada na Carta Imperial, mencionando quando poderia ocorrer a prisão de alguém, dando a seguinte redação ao art. 72, §13, “À exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente” (BRASIL, 1891).

A prisão em flagrante foi tomando forma através da evolução jurídica e legislativa, até chegar à redação atual prevista no art. 5º, inc. LXI, da CRFB de 1988. “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Penal de 1941, que está em vigor, não menciona expressamente o clamor público, porém se refere à perseguição imediata (logo após), e em situação que se faça presumir ser o fugitivo o autor da infração.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
 I – está cometendo a infração penal;
 II – acaba de cometê-la
 III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração;
 IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. (BRASIL, 1941).

Segundo Rangel, para configurar a prisão em flagrante é imprescindível que se tenha dois elementos: a atualidade e a visibilidade. A atualidade é a própria situação de flagrante, é o ilícito que está acontecendo ou acabou de acontecer. A visibilidade é a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que praticou. (RANGEL, 2015).

No entanto, para Guilherme de Souza Nucci, por ser uma medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal, exige-se a aparência de tipicidade, *fumus boni juris* (fumaça do bom direito), e o *periculum in mora* (perigo na demora), que é presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, “[...] pois lesadas estão sendo a ordem pública e as leis. Cabe ao juiz, no entanto, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum* existe, permitindo, ou não, que o indiciado fique em liberdade.” (NUCCI, 2014, p. 424).

Para Júlio Fabbrini Mirabete, a prisão em flagrante é um ato administrativo, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e que é prevista expressamente na Constituição. Fundamenta-se como um sistema de autodefesa da sociedade, “[...] derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica tendo também sentido salutar de providência acautelatória da prova da materialidade do fato e respectiva autoria.” (MIRABETE, 2000, p.370).

No mesmo diapasão, Rangel afirma que a prisão em flagrante tem o objetivo de atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem, se justifica com o objetivo de restabelecer a ordem jurídica violada com o comportamento nocivo do autor do fato.

A prisão em flagrante tem como fundamentos: evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria. (RANGEL, 2015, p. 775).

Com base nas referências bibliográficas pesquisadas, denota-se que a doutrina faz diversas classificações quanto a espécies de flagrante, porém, o entendimento mais aceito é a classificação em flagrante próprio, impróprio e presumido.

O flagrante próprio ou real é o previsto nos incisos I e II, do art. 302 do CPP, e ocorre quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal, ou ainda quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, ficando evidente a materialidade do crime e da autoria (NUCCI, 2014).

Flagrante impróprio ou quase flagrante ocorre na hipótese em que o agente, muito embora não tenha sido surpreendido cometendo a infração ou acabando de cometê-la, é perseguido, logo após esses atos, de forma ininterrupta pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, sendo ao final, localizado e preso (AVENA, 2014).

A expressão “logo após”, utilizado na legislação, deve ser interpretada de forma que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, de forma ininterrupta, e “[...] não importa quanto tempo dure (um minuto, uma hora, um dia ou uma semana), uma vez alcançado o perseguido em situação que faça

presumir ser ele o autor da infração penal, estará ele preso em flagrante.” (RANGEL, 2015, p. 782).

O flagrante presumido ou ficto ocorre quando o indivíduo é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Segundo Rangel, a expressão “logo depois” difere de “logo após”, pois entende que o lapso temporal é maior no flagrante presumido.

O interprete deve perceber que, por uma interpretação sistemática, o art. 302 do CPP tem uma escala decrescente de imediatidade. Ou seja, começa com o fogo ardendo (está cometendo a infração penal), passa pela diminuição da chama (acaba de cometê-la), depois para a perseguição direcionada pela fumaça deixada pela infração penal (é perseguido logo após...)e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (é encontrado logo depois...). Portanto, a expressão logo após tem uma relação de imediatidade maior, mas célere, do que a expressão logo depois. (RANGEL, 2015, p. 784).

A doutrina ainda reconhece os flagrantes forjados, provocados, esperado e retardado ou diferido. O flagrante forjado é aquele quando é simulada uma situação de flagrância delitiva, no qual o fato típico não foi praticado, mas manipulado pela autoridade ou particular com o objetivo de incriminar alguém. Portanto, é ilegal, pois não existe crime que sujeite a responsabilização criminal do responsável (AVENA, 2014).

O flagrante provocado ou preparado é aquele em que o agente é instigado a praticar o ilícito sob a vigilância da polícia ou de terceiro que aguardam a execução para prendê-lo em flagrante, sem que ele saiba. Essa hipótese de flagrante não pode ser homologada por se tratar de crime impossível, com respaldo legal no art. 17, do CP, e na Súmula 145, do STF “[...] não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” (AVENA, 2014, p.873).

Já o flagrante esperado, conforme Aury Lopes Jr., tem sua legalidade aferida no caso concreto, pois dependendo da situação, o crime se torna impossível:

[...] quando a polícia não induz ou instiga ninguém, apenas coloca-se em campana (vigilância) e logra prender o agressor ou ladrão, a prisão é válida e existe crime. É o que ocorre na maioria das vezes em que a polícia, de posse de uma informação, se oculta e espera até que o delito esteja ocorrendo para realizar a prisão. Não se trata de delito putativo ou de crime impossível. Exemplo recorrente é quando a polícia tem a informação de que esse ou aquele estabelecimento comercial ou bancário será alvo de um roubo e coloca-se em posição de vigilância discreta e logra surpreender os criminosos.

Não há ineficácia absoluta do meio empregado ou absoluta impropriedade do objeto para falar-se em crime impossível. Existe o crime (inclusive, dependendo do caso, a atuação policial poderá impedir a consumação, havendo apenas tentativa) e a prisão em flagrante é perfeitamente válida. (LOPES JR, 2014, p. 593).

O flagrante diferido ou retardado possui amparo legal no art. 8º, da Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), e art. 53, inc. II da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas). É o procedimento policial que tem por objetivo manter o acompanhamento e observação de determinada prática delituosa, desenvolvida por organização criminosa, visando obter maiores informações, para em momento oportuno realizar a prisão em flagrante com mais dados e provas sobre o atuar da associação ilegal. (RANGEL, 2015).

Ainda sobre o flagrante delito, o art. 303, do CPP, assevera que nas infrações permanentes o agente permanece em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Damásio de Jesus leciona que crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo e “se caracteriza pela circunstância de a consumação poder cessar por vontade do agente.” (JESUS, 2010, p. 233).

Segundo Nucci, crimes permanentes são aqueles cuja consumação se dá com uma única ação, mas o resultado se prolonga no tempo (NUCCI, 2014). “Enquanto durar a permanência, pode o agente ser preso em flagrante delito, pois considera-se que o agente está cometendo a infração penal, nos termos em que prevê o inciso I do art. 302.” (LOPES JR, 2014, p. 591).

Como exemplo de crime permanente, pode-se citar a pessoa que possui substância entorpecente em depósito, primeiramente ela coloca a droga em sua casa (ação). A partir daí, o resultado (ter em depósito) arrasta-se por si mesmo, sem novas ações do autor, e sim por omissão (NUCCI, 2014).

No que tange a prisão em flagrante em domicílio, a interpretação que adota o Supremo Tribunal Federal atualmente é a de que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial. (BRASIL, 2015).

Sobre flagrante delito em domicílio, Grotti esclarece:

[...] se estiver havendo a prática de um delito, dentro da casa, a invasão se torna lícita. Ela também será constitucional no caso de o autor do crime ou contravenção haver delinqüido fora da casa, mas ter ido nela se refugiar. Se

a Polícia está perseguindo diretamente um criminoso, sem com ele perder contato, não pode ver-se impedida de apreendê-lo simplesmente porque se homiziou em sua casa. Todavia, há que se observar a ocorrência do flagrante, o que significa dizer que as autoridades policiais não podem ter perdido a perseguição do criminoso. Na hipótese de quebra de flagrante, desaparece a permissão constitucional de invasão. (GROTTI, 1993, p. 111).

Dessa forma, enquanto o agente tiver em depósito ou guardar drogas para fornecer ou entregar a consumo, estará cometendo o crime de tráfico de drogas, e, portanto, haverá situação de flagrante permanente, e assim “[...] poderá a autoridade policial ingressar na casa proceder à busca dos elementos probatórios necessários, [...] a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial.” (LOPES JR, 2014, p.513).

Ficará evidente no decorrer deste capítulo a importância histórica e fundamental do direito à inviolabilidade do domicílio, e sua influência nos diferentes ramos do direito, porém, como esclarece Fernando Capez “[...] o domicílio não pode ser um santuário impenetrável para a prática de crimes, nem seria lógico exigir ordem judicial para evitar uma tragédia.” (CAPEZ, 2012, p.28).

No próximo capítulo, visando alcançar o objetivo proposto, se faz necessário analisar-se os aspectos da Lei de Drogas e sua aplicação diante da problemática proposta, bem como o entendimento dos tribunais brasileiros acerca do assunto.

2 A LEI DE DROGAS E SUA APLICAÇÃO FRENTE À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Para Luciana Rodrigues, a política de controle das drogas tem em sua origem aspectos religiosos, econômicos e sociais, muito embora na atualidade seja mais perceptível o discurso oficial médico. (RODRIGUES, 2006). No entanto, Salo de Carvalho afirma que a origem da criminalização das drogas inexistente. “Se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.” (CARVALHO, 2016. p.46).

Inobstante não seja o objetivo do capítulo buscar a origem da criminalização das drogas, torna-se importante para compreender o tema, pesquisar o contexto histórico e atual da Lei de Drogas, analisando sua teleologia e seus principais aspectos. Por fim, para alcançar a meta proposta é imprescindível verificar a posição dos tribunais brasileiros frente à aplicação desta Lei em relação ao direito constitucional de proteção ao domicílio.

Na presente monografia serão analisados os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, buscando evidenciar a posição de cada tribunal em relação a matéria ora tratada.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E ATUAL DA LEI DE DROGAS

Segundo Rodrigues, a palavra droga tem origem na palavra *droog*, que deriva do holandês antigo, que significa folha seca, pois antigamente a maioria dos medicamentos era feito a base de vegetais.

A Organização Mundial de Saúde define droga como qualquer entidade química ou mistura de entidades que alteram a função biológica e possivelmente a sua estrutura e, capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento (RODRIGUES, 2006, p.16).

As drogas como o ópio e a maconha, hoje consideradas ilícitas, eram conhecidas e consumidas pelo homem a séculos e tinham finalidades religiosas, culturais, curativas, relaxantes ou simplesmente para a obtenção do próprio prazer, não havia proibição referente ao consumo de drogas. Com o advento do

cristianismo, criaram-se prescrições morais de utilização e consumo de substâncias alucinógenas. (RODRIGUES, 2006).

No século XIX, ocorreram os primeiros conflitos envolvendo a questão das drogas. Conhecida como guerra do ópio, ocorreu após o imperador chinês proibir o consumo, a produção e importação do ópio, além de destruir três milhões de libras de ópio de comerciantes ingleses, visando à erradicação do tráfico.

No entanto, a coroa britânica auferia grandes lucros explorando mercado consumidor chinês com o ópio originado no sudeste asiático. A medida adotada pelo governo chinês gerou forte reação inglesa, dando início ao conflito (RODRIGUES, 2006).

O início do século XX foi marcado pelo começo dos debates internacionais sobre o controle das drogas. Em 1909, ocorreu a Conferência de Xangai, que reuniu representantes de treze países onde foi debatido sobre a produção e o comércio do ópio somente para fins medicinais, muito em razão da posição proibicionista dos Estados Unidos da América (RODRIGUES, 2006).

A Conferência de Xangai não culminou na adoção de nenhuma medida concreta com relação à restrição das drogas, no entanto, marcou a prática de encontros diplomáticos para debate e cooperação internacional de controle de estupefacientes psicoativos. Tal conferência serviu de embrião para as Convenções sobre o Ópio em 1912 e 1925, as Convenções de Genebra em 1931 e 1939, Convenção das Nações Unidas em 1961, e demais Convenções sobre o tema das drogas, até a vigente Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. (RODRIGUES, 2006).

No tocante a legislação brasileira sobre as drogas, as Ordenações Filipinas continham algumas regulamentações sobre determinadas substâncias venenosas porém, não havia incriminação específica para entorpecentes, “[...] que ninguém tenha em caza rosaltar, nem o venda, nem outro material venenoso” (CARVALHO, 2016, p.48).

O Código Penal do Império de 1830 foi silente em relação às drogas. Contudo, com o advento da república e edição do Código de 1890, que regulamentou crimes contra a saúde pública, previa como delito “[...] expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, o que submetia o infrator a pena de multa. (CARVALHO, 2016, p.49).

A legislação brasileira foi fortemente influenciada pelas Convenções Internacionais sobre as drogas e também pela estreita ligação do país com os Estados Unidos, que levou o país a adesão do modelo proibicionista norte americano, e adoção do padrão internacional de controle de entorpecentes, como leciona Carvalho.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes. (CARVALHO, 2016, p.50).

Com a edição do Código Penal de 1940, esse trouxe no art. 281 a previsão para o comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determinasse dependência física ou psíquica, com prisão de detenção de um a cinco anos de detenção e multa. (BRASIL, 1940). Segundo Rodrigues, o legislador de 1940 retomou a técnica de lei penal em branco, o que denota maior flexibilização na lista das substâncias proibidas e um controle mais rígido sobre o comércio de entorpecentes (RODRIGUES, 2006).

Em 1976, foi editada a Lei de Tóxicos, Lei 6.368/76, norma especial que revogou o art. 281 do Código Penal, que na época foi considerada exemplar na adequação às normas e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, com claro aumento a repressão ao tráfico de drogas, conforme leciona Rodrigues:

A Lei de Tóxicos de 1976, que substituiu a legislação de 1971, revogou o artigo 281 do Código Penal e compilou as leis de drogas em uma só lei especial. Seus pressupostos básicos são: i) o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes devem ser combatidos mediante prevenção e repressão e representam um perigo abstrato para a saúde pública; ii) o combate às drogas ilícitas representa um apelo eugênico-moralista na luta do bem contra o mal; iii) implementação no Brasil do modelo internacional da guerra contra as drogas, nos moldes norte-americanos. (RODRIGUES, 2006).

A partir da década de 90, começaram a tramitar no Congresso Nacional projetos de alteração da Lei 6.368/76, os quais resultaram na Lei 10.409/02, porém a integral do capítulo que tratava dos delitos e às penas recebeu veto da Presidência da República. O veto da matéria, segundo Carvalho, ocasionou na prática “[...] situação anômala e inédita: a aplicação de dois textos com fundamentos e

historicidades diversas. Assim, no que tange o processo penal, a Lei 10.409/02 obteve a vigência, restando à estrutura do direito penal atrelada a Lei antiga 6.368/76.” (CARVALHO, 2016, p. 93).

Em 23 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei de Drogas (11.343/06), a qual em seu art. 75 revogou expressamente as Leis 6.368/76 e 10.409/02, além de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), e prescrever 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 e define crimes, além de estabelecer respectivo procedimento criminal (BRASIL, 2006).

Para a Lei de Drogas, consideram-se drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Para tanto, até que seja atualizada a terminologia dessas listas, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, especificadas na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. (BRASIL, 2006).

O bem jurídico tutelado dessa Lei é a saúde pública, a coletividade, sendo que a vítima não é o usuário, mas sim, o Estado. Conforme Capez:

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação. (CAPEZ, 2012, p. 756-757).

Destarte, a Lei em discussão não reprime o uso de drogas, mas tipifica um rol de condutas no art. 28: adquirir, guardar, manter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Essas condutas têm como penas previstas advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

As condutas e as penas previstas para esse artigo são aplicadas somente quando caracterizar que a droga se destina para o consumo pessoal. Para fazer esta distinção, o juiz deve observar a natureza e a quantidade da substância

apreendida, bem como o local e às condições em que se deu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, à conduta e os antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

Para Capez, o art. 28 da Lei de drogas não fere o princípio da alteridade¹, pois não tipifica o uso do entorpecente, mas sim, a posse ou o porte. Com efeito, “[...] a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal.” (CAPEZ, 2012, p.759).

Embora o art. 28 esteja no capítulo da Lei que trata dos crimes e das penas, as sanções previstas para essa infração geram divergências doutrinárias acerca da descriminalização da conduta. Para Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, houve uma forma mascarada de descriminalização:

Os crimes segundo a Lei de Introdução ao Código Penal (Dec. 3924/41, art. 1º), são infrações penais às quais a lei comina pena de reclusão ou detenção, de forma isolada, ou cumulativa ou alternativamente, com pena de multa; e contravenção penal é a infração à qual a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Assim as medidas estabelecidas no art. 28 não traduzem sanção própria do Direito Penal, não têm natureza jurídico-penal, porque não condizem com as finalidades da pena, nem de prevenção geral e especial, nem de retribuição e, muito menos ainda de sua função social realmente educativa, porque, como vemos, por ausência de força coercitiva, poderá ter a execução frustrada se o agente não concordar em cumpri-la. (THUMS; PACHECO, 2008, p. 51-54).

Capez diverge desse entendimento. Para ele, não houve descriminalização da conduta, já que a Lei inseriu o art. 28 no capítulo relativo aos crimes e penas. “A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI. No sentido de que não houve *abolitio criminis*, mas apenas despenalização” (CAPEZ, 2012, p. 764-765).

Contudo, o STF já se manifestou acerca do assunto, refutando a tese de *abolitio criminis*, afirmando que ocorreu a despenalização da conduta, das penas privativas de liberdade, sob os seguintes argumentos:

¹ O princípio da alteridade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse.

1. O art. 1º da LICP — que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção — não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime — como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 — pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).
2. Não se pode, na interpretação da Lei. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).
3. Ao uso da expressão ‘reincidência’, também não se pode emprestar um sentido ‘popular’, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).
4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).
5. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.
6. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107).
- II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.
- III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (BRASIL, 2007).

Sobre o crime de tráfico de drogas, a Lei nº 11.343/06, define em seu art. 33, as condutas típicas de “[...] 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 de forma gratuita ou sem autorização, com pena prevista de reclusão de 5 a 15 anos e multa. (BRASIL, 2006).

Para consumir o tráfico, basta realizar qualquer das condutas descritas no art. 33, mas com o objetivo de destinar à droga a terceiro, e não necessariamente a existência de mercancia a título oneroso, uma vez que a “[...] lei nivelou no mesmo tipo o traficante que explora a mercancia, cuja ação é lesiva a coletividade de uma forma grave, com pequenas condutas insignificantes que não têm o condão de produzir a mesma lesividade.” (THUMS; PACHECO, 2008, p. 68).

Não há a necessidade de ocorrência de efetivo dano à sociedade, pois o perigo é presumido, não se aplicando nos crimes previstos na Lei 11.343/06 o princípio da insignificância, consoante o entendimento majoritário do STJ, plasmado no julgamento do Habeas Corpus nº 67.379/RN:

[...] Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida (AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016) [...] (BRASIL, 2016).

Algumas dessas condutas típicas do crime de tráfico expressam situação de permanência, como nas modalidades de preparar, produzir, fabricar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, e expor a venda, as demais modalidades são instantâneas. Nas situações de crime permanente “[...] enquanto a dita conduta estiver sendo praticada, o momento consumativo prolonga-se no tempo.” (CAPEZ, 2012, p.779).

Para definir a traficância, deve-se analisar o conjunto das circunstâncias previstas no art. 52 da Lei em estudo, como a quantidade e a natureza da substância ou produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente. Tais conjunturas devem-se diferenciar das previstas no §2º do art.28, que define as situações em que a droga se destina ao consumo pessoal. (THUMS; PACHECO, 2008).

A quantidade da droga apreendida em poder do agente, é apenas um dos parâmetros para a classificação do delito, o elemento fundamental é a destinação a terceiro, a mercancia. “Na dúvida entre traficância e uso pessoal, o juiz deverá optar evidentemente pelo art. 28 (usuário) desclassificando a conduta.” (THUMS; PACHECO, 2008, p. 70).

Existe previsão, na Lei de Drogas, de formas privilegiadas de tráfico, e são assim consideradas por não comportar penas de reclusão. São elas previstas no §2º e § 3º do art. 33, que tem como condutas típicas induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas (§ 2º); e a cessão gratuita de entorpecentes com a conduta oferecer droga eventualmente e sem o objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem (§ 3º). Ambos dispositivos legais não se sujeitam ao tratamento mais gravoso da Lei de Crimes Hediondos e tampouco ao art. 44 da Lei em análise. (THUMS; PACHECO, 2008).

O § 4º do art. 33, prevê causas de redução de penas, nos delitos definidos no *caput* e no § 1º do mesmo artigo, em que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que

o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

No entanto, em 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal através da resolução 05/2012, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, por ocasião de tal expressão, ter sido declarada inconstitucional pelo plenário do STF, quando no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS (BRASIL, 2012).

Mais recentemente, em 23 de junho de 2016, o pleno do STF, em julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS, por maioria, decidiu afastar a natureza hedionda nos casos de tráfico privilegiado de drogas, previsto no § 4º do art. 33, em que a Ministra Relatora Cármen Lúcia assentou seu voto:

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. (BRASIL, 2016).

A Lei, ora analisada, traz no art. 35 a previsão para o crime de associação criminosa para o tráfico, de duas ou mais pessoas para reiterada prática das condutas previstas no art. 33 *caput*, e 34; e associação para financiar ou custear o tráfico previsto no art. 36 do mesmo diploma legal. (BRASIL, 2006).

Trata-se de um crime autônomo em relação ao tráfico, o qual exige o número mínimo de duas pessoas, com ânimo associativo, para a prática do crime de tráfico. A associação deve ter caráter habitual, apresentar um mínimo de estabilidade e permanência. (THUMS; PACHECO, 2008).

No tocante a associação para financiar ou custear o tráfico, exige-se que haja a reunião de dois ou mais agentes para a prática reiterada do financiamento ou custeamento do tráfico. “Não basta, assim, no caso, a associação para a prática de uma única ação de financiar ou custear.” (CAPEZ, 2012, p.805).

A prática de financiar ou custear o tráfico de drogas é o delito que recebeu a maior das penas, tanto de reclusão que é de 8 a 20 anos, quanto à de multa, pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa. Nesse Diploma Legal entendeu o legislador, que a prática de financiar o tráfico de drogas é o que da manutenção ao crime como explicam Thums e Pacheco, “[...] exatamente porque, seja financiador ou custeador, trata-se de pessoa que, além de dar efetiva segurança à manutenção

da traficância, tem bom aporte financeiro, razões que justificam o rigorismo na previsão da pena reclusiva e na elevada pena de multa [...]” (THUMS; PACHECO, 2008, p.103). Referente às condutas típicas do crime, elucida Capez:

A Lei n. 11.343/2006, em seu art. 36, não exigiu habitualidade, nem empregou núcleos cuja natureza exija tal requisito. Custear é ação perfeitamente compatível com ação instantânea. O agente pode, perfeitamente, efetuar em um só instante o pagamento de todas as despesas ou parte delas, relacionadas ao tráfico. O mesmo se diga de um empréstimo ou financiamento, o qual pode também se revestir de eventualidade, pois nada impede um neófito que reuniu suas economias para esse fim, de efetuar em um único momento o financiamento de traficantes. As condutas, portanto, não se revestem em sua natureza do caráter necessariamente eventual, não havendo que se fazer essa exigência, quando a lei não o fez, ainda mais em um caso como o do tráfico, cujos efeitos malignos corrompem toda a estrutura legal, ética e moral da sociedade. (CAPEZ, 2012, p.808).

A Lei 11.343/06 elencou no art. 40, hipóteses majorantes para as penas previstas nos arts. 33 a 37 do referido Diploma Legal. As penas são aumentadas de um sexto a dois terços, e no caso “[...] de concurso de mais de uma causa de aumento de pena, o juiz só poderá impor uma, aplicando analogicamente o art. 68, parágrafo único, do CP.” (CAPEZ, 2012, p.815).

As formas privilegiadas de tráfico, como elencadas anteriormente nos § 2º e § 3º, do art. 33, são incompatíveis com algumas causas especiais de aumento de pena, como nas hipóteses de transnacionalidade do delito, do crime praticado com violência ou ameaça à pessoa, e no tráfico entre Estados. (THUMS; PACHECO, 2008).

A transnacionalidade do delito é o chamado tráfico internacional de drogas e a majorante ocorre nos casos em que a natureza, a procedência da substância ou produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade, Ocorre também aumento de pena se ficar caracterizado o tráfico entre os Estados da Federação. (BRASIL, 2006).

Outra causa de aumento de pena é quando o agente pratica o crime prevalecendo-se da função pública ou do desempenho da missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância. Sobre essas hipóteses, exemplifica Capez:

Cuida-se aqui do crime praticado com abuso de função pública, guarda ou vigilância. A primeira hipótese é a do agente público que pratica o crime prevalecendo-se de função pública (promotores de justiça, delegados de polícia, investigadores, escrivães, membros da Polícia Militar etc.), por

exemplo, investigador de polícia que, em virtude da apreensão de um carregamento de drogas, se vale dessa facilidade para traficar o produto. A segunda hipótese é a das pessoas que praticam o crime no desempenho de missão de educação, v. g., professores, diretores de escola etc. A terceira hipótese é a das pessoas que não exercem função pública, mas que têm a função de guarda ou vigilância (v. g., guarda da seção de narcóticos de determinado hospital). (CAPEZ, 2012, p. 817).

O local do tráfico pode ensejar em majoração da pena se a infração for cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino, hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivos, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou ainda em transportes públicos (BRASIL, 2006).

Constitui causa de aumento de pena, se o crime for praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. Capez exemplifica intimidação difusa ou coletiva como “[...] o agente que se serve de artefato explosivo ou simulação de bomba (basta a idoneidade para intimidar, ainda que inexista perigo real), apenas para difundir temor em um número indeterminado de pessoas.” (CAPEZ, 2012, p. 820).

Outrossim, ocorre aumento de pena se o delito envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação. Essa majorante incide quando a conduta visa pessoa menor de dezoito anos (criança ou adolescente), ou pessoa maior de dezoito anos que apresente doença mental ou dificuldades de discernimento. (THUMS; PACHECO, 2008).

No tocante a hipótese de aumento de pena prevista no art. 40, da Lei em estudo, de financiar ou custear a prática do crime de tráfico de drogas, esclarecem Thums e Pacheco, “[...] houve um equívoco legislativo, na medida em que já existe tipificação autônoma para o agente que financiar ou custear o tráfico, não podendo haver majoração da pena nessa hipóteses sob pena de incorrer em ‘bis in idem’.” (THUMS; PACHECO, 2008, p. 128).

Convém ressaltar que a Constituição definiu o crime de tráfico de drogas como crime assemelhado a hediondo. Nesse contexto, a Lei 11.343/06 prevê que os crimes tipificados nos arts. 33 *caput*, 34 a 37, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas

penas em restritivas de direito, e o livramento condicional somente após o cumprimento de dois terços da pena, vedada essa concessão para o reincidente específico (BRASIL, 2006).

A edição de Lei 11.464/07 modificou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, modificando também a aplicação em relação ao tráfico de drogas, sendo mantida a proibição da fiança e suprimiu do texto a liberdade provisória. “Assim é plenamente cabível a concessão da liberdade provisória sem fiança no caso de prisão em flagrante por crime de tráfico de drogas.” (THUMS; PACHECO, 2008, p. 135).

Desta maneira, buscou-se neste item analisar os principais aspectos do crime de tráfico de drogas, para compreender a aplicação de Lei de Drogas frente o direito constitucional de inviolabilidade do domicílio, o que será exposto através de julgados do TJ/RS e STJ na sequência do estudo.

2.2 DECISÕES DO TJ/RS E DO STJ SOBRE A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Percebe-se que o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio não é absoluto, uma vez que a própria Constituição traz exceções. É uníssona a doutrina em citar o tráfico de drogas como modalidade de crime permanente, em que sua situação de flagrante se mantém enquanto perdurar a permanência, havendo, assim, evidente relativização do princípio da inviolabilidade domiciliar em relação ao crime de tráfico de drogas.

No entanto, a jurisprudência não é pacífica com relação a tal questão, uma vez que há julgados que mantêm a casa como asilo inviolável, mesmo em situação de flagrante de tráfico de drogas e também há julgados que relativizam esse direito, quando envolve tal ilícito.

Nesse caminhar, oportuna à elucidação quanto á diferença entre prova ilícita e ilegítima, já que neste contexto, a maioria das teses defensivas em sede judicial questiona quanto à legalidade das provas. Assim, esclarece Rangel que a prova ilegítima é aquela que ofende o direito processual, e a ilícita é a que ofende direito material. As provas colhidas em decorrência de outra prova obtida por meio ilícito, é de igual forma inadmissível no processo, pois será ilícita por derivação (RANGEL, 2015).

Consoante este entendimento, Lopes Jr, assevera que a prova será ilegítima, quando violar regra de direito processual no momento de sua produção em juízo, já a prova ilícita é aquela que no momento de sua coleta, seja anterior ou simultânea ao processo, viola regra de direito material ou constitucional, ocorre sempre exteriormente ao processo (LOPES JR, 2014).

Contudo, se faz necessária à análise de decisões, para entender qual é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto. Nesse sentido, segue ementa:

APELAÇÕES-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO ACOLHIDA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO IMPERATIVA. CONSIDERANDO A DEFINIÇÃO DE TAL CONTEXTO FÁTICO NO CADERNO PROCESSUAL, A INDEVIDA OFENSA À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO TORNA ILÍCITA A APREENSÃO DAS DROGAS E, COMO CONSEQUÊNCIA, POR DERIVAÇÃO, TODAS AS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS, RAZÃO PELA QUAL É IMPOSITIVA A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO DA IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS. COM EFEITO, POR CARECER DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS, DEVE O ACUSADO SER ABSOLVIDO. AS DEMAIS TESES DEFENSIVAS ESTÃO PREJUDICADAS. CONSEQUENTEMENTE, EM RAZÃO DO RESULTADO DO RECURSO DEFENSIVO, RESTA PREJUDICADO O RECURSO DA ACUSAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, POR MAIORIA. RELATOR VENCIDO. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO.
(Apelação Crime nº 70071270813, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Redator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, julgado em 14/12/2016). [grifo original] (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Neste acórdão foi julgada apelação em que o réu Claudionei Fernando Teixeira dos Santos e sua esposa Perla Mendes de Moraes dos Santos, foram denunciados pelo Ministério Público pelos crimes capitulados no art. 33, *caput*, e art. 35 da Lei 11.343/06 (Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico).

A denúncia feita pelo Ministério Público decorreu da prisão em flagrante dos acusados onde, na ocasião, a Brigada Militar, após denúncias anônimas, realizou a averiguação na residência dos acusados, local em que havia concentração e movimentação de pessoas. Em ato contínuo, os policiais militares ingressaram na casa com autorização do morador, onde, após revista pessoal, encontraram diversas buchas de droga no bolso das vestes do denunciado Claudionei, além de dinheiro com ele e com a denunciada Perla.

Como resultado da abordagem policial, foram apreendidos em poder dos acusados e na residência, 01 (um) tijolo de maconha, 10 (dez) trouxinhas de

maconha, 10 (dez) pedras de *crack*, 04 (quatro) buchas de cocaína, 01 (um) notebook da marca “CCE”, 02 (dois) celulares da marca “*Samsung*”, e um total de R\$ 168,30 (cento e sessenta e oito reais e trinta centavos) em várias cédulas e moedas.

No julgamento em primeira instância, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a denúncia, absolvendo a ré Perla de todas as imputações com base no art. 386, inciso VI, do CPP, bem como condenando o réu Claudionei como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c seu §4º, da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe a sanção de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, cumprida em regime inicial fechado, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação com o objetivo de afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, o acusado, por sua vez, interpôs recurso de apelação, alegando, preliminarmente a ilegalidade na busca realizada na casa do acusado. No mérito, em síntese, aduz que os fatos denunciados são atípicos, dada a inexistência de provas suficientes sobre autoria e tipicidade e pugnou pela sua absolvição.

Em seu voto, o relator, Des. Ingo Wolfgang Sarlet afastou a hipótese de ilegalidade na busca realizada na casa do acusado:

[...] os agentes verificaram a situação de *fundadas razões* para adentrarem no domicílio ainda no lado de fora da casa, em frente ao portão, quando perceberam um movimento brusco das pessoas, que ali se localizavam, dirigindo-se ao seu interior assim que os policiais se aproximaram. Desse modo, as circunstâncias da abordagem policial relatadas em juízo pelos agentes policiais permitem o reconhecimento da existência de *motivos lícitos* para o ingresso naquela residência [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Para o relator, referente à materialidade e a tipicidade, resta comprovada no depoimento das testemunhas, Cristian dos Santos, Jeison Oliveira, Gilnei Santos e Anderson dos Santos (menor de idade), que confirmaram estarem naquele local com o intuito de comprar drogas do acusado, bem como que esse é conhecido na região como “pequeno” e que a residência desse era conhecido como ponto de tráfico na cidade.

Em seu voto, o relator se posicionou para dar parcial provimento ao recurso defensivo e ao recurso do Ministério Público e redimensionar a pena privativa de

liberdade estabelecida ao acusado para 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, que segue substituída por duas penas restritivas de direitos referentes à prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana, no mesmo período estabelecido para a pena privativa de liberdade, seguindo mantidos os demais pontos da sentença condenatória do juízo de primeira instância.

No entanto, em seu voto, o redator, Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, divergiu do entendimento do relator. Considerando que a busca realizada pelos policiais foi ilegal, no entendimento do redator, os policiais ao visualizarem as pessoas correndo para o interior da casa, certificaram-se de mera suspeita, comprovando o ilícito penal somente após o ingresso no imóvel, ferindo o preceito constitucional da inviolabilidade do domicílio. Para o desembargador:

[...] os casos de flagrante delito, enquanto exceções devem ser interpretadas restritivamente. A regra geral é a inviolabilidade. Assim, mesmo nos casos dos delitos permanentes, como no tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo, a mera suspeita da situação de flagrante não autoriza o ingresso no domicílio. Para tanto se exige a existência de fundadas razões – *ex ante* – da prática atual do crime, caso em que estará autorizada a autoridade policial a ingressar na residência. A mera suspeita, repiso, justifica a realização de diligências e a expedição de mandado de busca para a regular verificação. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Desta forma, o redator considerou ilícita a apreensão das drogas e por derivação todas as provas produzidas, posicionando seu voto pela absolvição do réu, julgando prejudicadas as demais teses defensivas e o recurso do Ministério Público.

O Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, presidente e revisor, acompanhou a tese levantada pelo redator Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, votando pela absolvição do réu. Por maioria deram provimento ao recurso para absolver Claudinei Fernando Teixeira dos Santos.

Entrementes, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui julgados com entendimentos divergentes, como é evidente pela seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. DUPLA IRRESIGNAÇÃO.

1. Preliminar de ilicitude da prova por suposta violação de domicílio. Configurado o estado flagrancial, afastada está qualquer ilegalidade em eventual busca domiciliar efetivada, porquanto o próprio inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, quando estabelece a inviolabilidade do domicílio, excepciona a regra em casos de flagrante delito. Outrossim, por

tratar o delito de tráfico de drogas de crime de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o flagrante se verifica no momento em que é constatada uma das ações previstas no tipo penal, sendo crime de ação múltipla. Também não há nulidade porque a operação policial originou-se de denúncia anônima. E isso porque esta é válida para lastrear o início da ação policial, permitindo, em consequente, a diligência ao local para averiguar a veracidade ou não da delação.

2. Mérito. Apreensão com o réu e em sua casa, em dois dias distintos, de drogas (crack, maconha e cocaína), além de dinheiro e apetrechos comumente utilizados para fracionamento e embalagem das substâncias. Validade dos depoimentos dos policiais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Tese de enxerto que se mostrou como mera tentativa de o acusado se eximir à responsabilidade penal. Desnecessidade de ato de mercancia para a caracterização da infração penal, quando os indicativos de prova demonstram, à saciedade, a intenção do comércio ilegal. Pleito desclassificatório inviável já que incomum não é que o réu estivesse traficando com o intuito de alimentar o seu vício, o que não afasta a sua conduta delituosa.

3. Tráfico privilegiado. Embora a primariedade do acusado, os elementos de prova constantes dos autos demonstraram, à saciedade, que ele não preenche o requisito de não se dedicar a atividades criminosas, haja vista ter sido preso em duas oportunidades próximas, isto é, em intervalo de um mês, exercendo a traficância, razão por que não faz jus ao benefício do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Pena redimensionada.

4. Crime Continuado. A pluralidade de condutas denunciadas no caso concreto (todas abarcadas no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, foram interrompidas pela prisão em flagrante do acusado, o que foi noticiado desde a denúncia, impondo-se o reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois fatos constantes da denúncia, visto que perpetradas em período não superior a trinta dias, interrompendo o caráter permanente do delito de tráfico de drogas. **PRELIMINAR DEFENSIVA REJEITADA. APELAÇÃO DEFENSIVA IMPROVIDA. APELAÇÃO MINISTERIAL PROVIDA.** (Apelação Crime Nº 70070668561, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 15/12/2016) [grifo original] (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Neste acórdão foi julgada a apelação onde o réu Matheus Felipe Cordeiro dos Santos foi denunciado pelo Ministério Público, por duas vezes, pelo delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

A denúncia decorreu de prisão em flagrante em que segundo a ocorrência policial, no dia 02 de maio de 2015, durante patrulhamento avistaram o réu e esse ao enxergar a viatura empreendeu fuga, sendo que se desfez de uma carteira marrom. Após perseguição os policiais conseguiram abordar e prender o réu. Na carteira estavam seus documentos, a quantia de R\$ 319,00 e 62 pedras de *crack*, embaladas de forma individual em papel alumínio, e um telefone celular.

Já no dia 01 de junho de 2015, o réu foi preso novamente, conforme a ocorrência, os policiais estavam em diligência para apurar denúncia de tráfico de drogas, na Travessa do Salso nº 662, onde encontrava-se parado o Matheus, que ao

perceber a presença dos policiais tentou fugir para o interior do pátio da residência, momento que foi abordado.

Em revista pessoal, foi encontrado no bolso do réu, 20 (vinte) trouxas de maconha e a quantia de R\$ 92,00 (noventa e dois reais). No interior da residência foram encontradas 04 (quatro) buchas de cocaína, 01 (um) rolo de papel alumínio usado, 01 (uma) tesoura pequena, a quantia de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) em espécie, e um telefone celular, marca "LG".

No julgamento *a quo*, o réu foi condenado nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por duas vezes, sendo aplicada a pena de três anos e seis meses de reclusão em regime aberto e 250 dias-multa à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo. Foi concedido ao réu o benefício de apelar em liberdade.

O Ministério Público interpôs apelação com o objetivo de afastar a causa de diminuição de pena, entendendo que o réu não preenchia o requisito de não se dedicar a atividade criminosa.

O acusado, por sua vez, interpôs recurso de apelação, alegando, preliminarmente, a nulidade por violação do domicílio do acusado. No mérito, asseverou que a prova oral contém contradições acerca dos dois fatos narrados na denúncia, o que leva à absolvição. Alternativamente, requereu a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, já que se trata de réu usuário de drogas.

Em seu voto, o relator Des. Victor Luiz Barcellos Lima, não acolheu o pedido preliminar de nulidade por violação do domicílio, pois entendeu que o estado flagrancial afasta qualquer ilegalidade na busca domiciliar, uma vez que foi encontrado entorpecentes, petrechos de embalagem e pesagem desse material no interior da residência, e a própria Constituição excepciona a regra em casos de flagrante delito.

No tocante a denúncia anônima, o relator entendeu como válida para dar início a ação policial, permitindo diligência no local para apurar a veracidade da delação e, portanto não foi causa determinante no flagrante. "O que determina o flagrante, no caso concreto, é a localização da droga em poder do denunciado."

Sobre o mérito, o relator afirma que a materialidade resta comprovada na quantidade e diversidade de material entorpecente apreendido em poder do réu. Quanto a contradições alegadas pela defesa não foram acolhidas, nem a tese defensiva de que as drogas teriam sido enxertadas no acusado, pelo motivo de não apresentar nenhum respaldo probatório. No que se refere à desclassificação da conduta, assevera o desembargador:

[...] incabível o pleito defensivo de desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que, a par, de o réu admitir o uso de apenas uma das espécies das substâncias com ele apreendidas, não são estranhas à realidade brasileira as figuras do usuário-trafficante ou trafficante-usuário, não sendo incomum que o réu estivesse traficando com o intuito de alimentar o seu vício, o que não afasta a sua conduta delituosa. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Em seu voto o relator se posicionou em rejeitar a preliminar de mérito e negar provimento ao apelo defensivo, e dar provimento ao apelo da acusação, estabelecendo a pena do réu em cinco anos e dez meses de reclusão em regime semi-aberto, além de pena de multa de 590 dias-multa, mantendo a razão unitária mínima legal, afastando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A Des^a. Rosaura Marques Borba (redatora), e o Des. José Antônio Cidade Pitrez (presidente), votaram de acordo com o relator.

Demonstrado o entendimento divergente do Tribunal de Justiça gaúcho, passa-se a analisar o tema sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem.

3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a

conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. [...] 11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas. 12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial. 13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexos causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (Resp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 03/05/2017). (BRASIL, 2017).

Neste acórdão, foi julgado um recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No caso concreto, ocorreu a prisão em flagrante do paciente, que na data do fato, ao avistar os policiais militares que faziam o patrulhamento, correu para o interior da casa onde foi abordado. Em buscas no local, foi encontrado dentro do ralo do chuveiro, 08 (oito) pedras de crack e, no quarto, dentro de um suporte de televisão, 10 (dez) pedras de crack.

No julgamento em primeiro grau, o réu foi condenado a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, havendo sido dado provimento ao recurso, para absolver o acusado, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Em seu voto. o relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, disserta sobre a inviolabilidade do domicílio e a legitimidade da ação policial que ingressa na residência do acusado sem o seu consentimento ou autorização judicial.

O relator observa que embora a jurisprudência tenha se firmado no sentido de permitir o ingresso forçado no domicílio do acusado, nas hipóteses de flagrante delito de crime permanente, esse entendimento merece ser aperfeiçoado, observado os limites Constitucionais. Nas palavras do relator:

[...] o respeito aos precedentes não os torna imutáveis, sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito e sua compatibilização com a evolução dos costumes. Assim como no sistema do *common law*, é possível, em alguns países de tradição romano-germânica – como o Brasil, caracterizado pela existência de Cortes de vértice, que exercem o papel de interpretação última da Constituição e das leis –, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de alguma peculiaridade que distinga (*distinguishing*) ou mesmo leve à superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do precedente. (BRASIL, 2017).

O relator asseverou que para ter legitimidade a ação policial, deve-se ter elementos mínimos de que no interior do domicílio esteja ocorrendo um delito. Esses elementos têm de serem percebidos antes da entrada, pois a mera constatação do flagrante após ingresso no domicílio não justificaria a medida.

O crime de tráfico de drogas, por seu tipo plurinuclear, enseja diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas. A título meramente exemplificativo, menciono o caso em que determinado indivíduo, surpreendido portando certa quantidade de drogas, empreende fuga para o interior de sua residência e, logo depois, é perseguido por policiais. Nesse caso, há evidente estado de flagrância que justifica a invasão de domicílio, haja vista que o simples guardar ou trazer consigo já configura o delito. Todavia, nem sempre o agente traz consigo drogas ou age ostensivamente de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante, com a mitigação de um direito fundamental. Nessas hipóteses, espera-se que a autoridade policial proceda a investigações preliminares que a levem a descobrir, *v. g.*, que a residência de determinado indivíduo serve de depósito ou de comercialização de substâncias entorpecentes, de modo a autorizar o ingresso na casa, a qualquer hora do dia ou da noite, dada a natureza permanente do tráfico de drogas. (BRASIL, 2017).

Em referência ao caso concreto, o relator afirma que havia somente suspeitas sobre eventual tráfico de drogas praticado pelo réu, em razão do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, o que fez surgir nos policiais a desconfiança de que estaria traficando substâncias entorpecentes.

Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Não há, da mesma forma, nenhuma menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, quando o réu avistou os policiais militares, correu para dentro de sua residência, onde foi abordado. (BRASIL, 2017).

Portanto o entendimento do relator foi no sentido de que a descoberta das drogas no interior da residência, posterior a invasão, não passou de um mero acaso, e que as provas, ali produzidas, não tem eficácia probatória por terem sido obtidas mediante violação da norma constitucional. E asseverou “[...] em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, entendo que não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a invasão de domicílio.”

Em seu voto, o Ministro Rogerio Schietti Cruz negou provimento ao recurso, mantendo a absolvição do recorrido. Os Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram de acordo com o relator, negando provimento ao recurso de forma unânime.

Entretanto o Superior Tribunal de Justiça possui julgados com entendimentos divergentes, como é evidente na ementa a seguir:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMAS. CONDENAÇÃO COM TRANSITO EM JULGADO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. PRECEDENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, prescindível o mandado de busca e apreensão, bem como a autorização do respectivo morador, para que policiais adentrem a residência do acusado, não havendo falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC 345.424/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 18/8/2016, DJe 16/9/2016).

3. O pedido absolutório não pode ser apreciado por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento este próprio da instância ordinária, inviável, assim, a sua análise, na via estreita do *habeas corpus*.

4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 326.503/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 07/03/2017, Dje 15/03/2017). (BRASIL, 2017).

No acórdão em análise, foi julgado pedido de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio interposto em favor de Adi de Souza Rocha e de Dionata Nascimento Marques, o qual apontou como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ambos pacientes foram condenados pelas práticas dos delitos previstos nos arts. 33 *caput*, e 35 *caput*, da Lei 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico), bem como do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003 (posse/porte de arma de fogo de uso restrito), na forma dos arts. 29 e 69 do Código Penal.

Em sede de apelação, por maioria o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo. No recurso em epígrafe, a defesa alega que a decisão merece ser reformada, em virtude da nulidade das provas produzidas, em decorrência de violação de domicílio, bem como a inexistência de provas relativas aos delitos de tráfico e associação para o tráfico, requerendo a absolvição dos pacientes.

Em seu voto o relator Min. Ribeiro Dantas, se manifestou em não conhecer do recurso, afirmando que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, importando no não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No tocante a nulidade alegada pela defesa, o relator observou que já havia sido afastada essa alegação pelo Tribunal de origem e que a condenação pelo crime de tráfico foi mantida em elementos concretos dos autos, citando trecho do acórdão pugnado:

Os policiais, civil e militares, informaram que, depois de investigações, encontraram com os recorrentes, em suas residências, grande quantidade de entorpecentes e pelas circunstâncias apuradas, aquelas drogas eram destinadas ao comércio. Também informaram que os apelantes estavam associados para a prática do delito de tráfico de entorpecentes e que, na mesma oportunidade, apreenderam revólveres e munição com os mesmos (e-STJ fls. 331-356). (BRASIL, 2017).

O relator afirmou que o crime de tráfico de drogas tem natureza permanente o que torna prescindível o mandado de busca, para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo ilegalidade no cumprimento da medida, e cita alguns precedentes do STJ.

Dessa forma, não reconhecendo ilegalidade no ato judicial pugnado o relator decidiu por não conhecer do recurso, sendo seu voto acompanhado pelos Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca, que por unanimidade não conheceram do recurso.

Com base nessas jurisprudências, se denota que no mesmo Tribunal, não se tem posição uníssona acerca do assunto, causando insegurança jurídica tanto para os cidadãos que têm a proteção constitucional do domicílio, quanto aos agentes policiais que têm o dever legal de manter a segurança e a ordem pública.

2.3 A POSIÇÃO DO STF EM RELAÇÃO AO TEMA

Importante elucidar que o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, possui sede na Capital da República e dispõe de jurisdição em todo território nacional. São órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente (BRASIL, 2017).

O presidente e o vice-presidente do Tribunal são eleitos por voto secreto para mandato de dois anos, vedada a reeleição para o período imediato. As turmas possuem cinco ministros e são presididas pelos ministros mais antigos dentre seus membros, por um período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade (BRASIL, 2017).

Como evidenciado no decorrer do capítulo, o controle das drogas é relativamente contemporâneo, pois foi somente depois do século XX que se iniciaram os debates sobre a restrição dos estupefacientes. O Brasil é signatário de diversas convenções internacionais que visam combater o tráfico de substâncias entorpecentes e psicotrópicas e possui legislação específica para essa finalidade.

Por vezes, o combate às drogas entra em atrito com direitos fundamentais, como no caso estudado entre o direito a inviolabilidade do domicílio e tráfico de drogas, quando se utiliza de residências para depósito ou ponto de vendas de entorpecentes, gerando dúvidas com relação à validade das provas produzidas com base na entrada sem autorização no domicílio para apreensão de drogas. Contudo estudando o posicionamento do TJ/RS e STJ, pode-se perceber que a jurisprudência não é uníssona em relação a esse assunto.

Tal discussão jurídica foi analisada pela Suprema Corte brasileira no recurso extraordinário nº 603.616, a qual, como Guardiã da Constituição, possui atribuição de julgar lides envolvendo a aplicação de preceitos constitucionais, e criar precedentes judiciais para balizar julgamentos futuros em casos semelhantes nos demais tribunais do país.

O julgamento em estudo foi analisado pelo plenário da Suprema Corte em consonância ao disposto no art. 22 do Regimento Interno do STF, que prevê que o relator submeterá o feito ao julgamento do plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, quando houver matérias em que diverjam as turmas entre si ou alguma delas em relação ao plenário ou ainda quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as turmas, convier pronunciamento do plenário (BRASIL, 2017).

Em 23 de maio de 2010, o Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso e Ministro Marco Aurélio, reconheceram a repercussão geral no recurso extraordinário nº 603.616, assim justificado por Gilmar Mendes:

No que concerne à questão de que a violação de domicílio, no período noturno, sem o correspondente mandado judicial de busca e apreensão, ensejaria na ilegalidade das provas colhidas, entendo que merece o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, pois transcende o direito subjetivo do recorrente. (BRASIL, 2010).

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio afirmou que “[...] está-se diante de um questionamento que merece o crivo do Supremo [...]”. Na oportunidade não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Cezar Peluso. (BRASIL, 2010).

A repercussão geral é pré-requisito para o recurso extraordinário (art. 1035, CPC), e para efeito desse instituto, “[...] será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. (BRASIL, 2015).

A manifestação sobre a repercussão geral ocorre por meio eletrônico, em um prazo comum de 20 dias, decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, será considerada existente a repercussão geral. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral e toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e vale para todos os recursos sobre questão idêntica (BRASIL, 2017).

No dia 05 de novembro de 2016, foi julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário nº 603.616 de Rondônia, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, conforme ementa a seguir:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral.

2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.
3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.
4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.
5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.
6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.
7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE n. 603.616/RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/05/2016). (BRASIL, 2015).

O julgamento decorre do caso fático de prisão em flagrante por tráfico de drogas, em que Reinaldo Campanha após partir da casa de Paulo Roberto, o recorrente, dirigindo um caminhão foi abordado por policiais. Inspeccionado o veículo, foram localizados 23,421 Kg (vinte e três quilos, quatrocentos e vinte e um gramas) de cocaína. Após a prisão, Reinaldo teria confirmado receber a droga de Paulo Roberto.

Na sequência, os policiais foram à residência de Paulo Roberto e ingressaram na casa e em seu terreno sem autorização. Ao revistarem o veículo estacionado na garagem, localizaram mais 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) de cocaína.

Em seu voto o relator, o Min. Gilmar Mendes passou a discorrer sobre o direito a inviolabilidade no direito comparado e nas Constituições pretéritas, e afirma que a Constituição brasileira “[...] se alinha aos textos que criam reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecem exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial.”

Para o relator a busca e apreensão no domicílio é uma medida invasiva, mas de grande importância para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal, mas reconhece que abusos podem ocorrer tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida.

Nesse contexto, o relator afirmou que no caso da inviolabilidade domiciliar, em geral, é necessário o controle judicial prévio, expedição de mandado judicial de busca e apreensão, no entanto no caso da prisão em flagrante, art. 5º, LXI, da CF, trata-se de exceção à exigência de prévia ordem escrita da autoridade judiciária para a prisão, fundada na urgência em fazer cessar a prática de crime e na evidência de sua autoria.

O Ministro afirmou que a interpretação utilizada pela Suprema Corte era que, se dentro da casa estava ocorrendo um crime permanente era viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independente de determinação judicial, e cita alguns precedentes. No entanto, entendeu que essa jurisprudência se mostra insatisfatória, porque nessa conjuntura ou o policial desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio e exemplifica:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. Em verdade, dificilmente a certeza estará ao alcance da polícia. Se certeza do crime e de sua autoria houvesse, a diligência seria desnecessária. No exemplo do comércio de drogas, o próprio pretense traficante pode ter sido enganado e ter em sua posse quilos de farinha.

Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “*fundadas razões*” – art. 240, §1º.

Considerado o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao

menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150, § 2º, do CP. (BRASIL, 2015).

O relator assevera que a evolução desta interpretação pode decorrer tanto da interpretação da própria Constituição como de sua integração com os tratados de direitos dos quais o país é signatário, e cita o Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que protegem o domicílio contra ingerências arbitrárias.

Segundo ele, “[...] a entrada forçada em domicílio sem justificativa prévia, conforme o direito, é arbitrária.” Dessa forma, os agentes devem ter fundadas razões da ocorrência do delito antes de entrar, pois a situação de fragrância posterior ao ingresso, não justificará a medida.

As fundadas razões citadas neste acórdão são prevista no art. 240, § 1º, do CPP, que trata da busca e apreensão domiciliar com a seguinte redação.

§1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meio 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 destinado 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. (BRASIL, 1941).

As fundadas razões não é instituto que possua rol taxativo, e por isso para o deslinde desse problema, o relator, defende um controle *a posteriori*, onde somente depois da medida invasiva, “[...] um terceiro imparcial verifica se os agentes da administração agiram de acordo com o direito, analisando se estavam presentes os pressupostos da medida e se sua execução foi conforme o direito.” Assim os policiais deverão demonstrar que haviam elementos (fundadas razões) para caracterizar a suspeita e que a medida foi adotada mediante justa causa.

Conforme o entendimento do relator, as fundadas razões exigidas devem ser modestas, compatível com a fase de obtenção de provas, podendo o policial invocar seu próprio testemunho, o que deve merecer especial escrutínio. Porém denúncias

anônimas, afirmações de informantes, informações de inteligência policial, não têm força probatória em juízo e não servem como justa causa para adoção da medida invasiva.

No entanto, Gilmar Mendes asseverou que as informações anônimas podem servir de base para averiguações, para que “[...] robustecidas por outros elementos, embasem a busca.” O Ministro afirmou ainda que a solução sugerida não tem a pretensão de resolver todos os problemas. “[...] A locução fundadas razões demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário.”

Em síntese o Ministro propôs a tese de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.”

Com relação ao caso concreto, julgou no sentido de que o ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado Reinaldo, elementos suficientes para indicar fundadas razões de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas, negando provimento do recurso.

Durante a sessão em plenário estavam presentes os Ministros Ricardo Lewandowski (presidente), Ministro Celso de Mello, Ministro Marco Aurélio, Ministro Gilmar Mendes (relator), Ministro Dias Toffoli, Ministro Luiz Fux, Ministra Rosa Weber, Ministro Teori Zavascki e Ministro Edson Fachin.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto divergiu com o relator, para ele, houve violação do domicílio por parte dos policiais e as provas colhidas são ilícitas.

Eu, por exemplo, vou pedir vênua e divergir de Sua Excelência, porque, quanto a esse corrêu, a condenação partiu apenas do fato de terem encontrado na casa – na garagem da casa, para ser mais preciso –, dentro de um Ford Focus – é a marca, o modelo, não é? –, droga. Flagrante? É isso que se considera flagrante? Para mim, não. O que houve foi indicação e indicação, repito, de que o transporte estaria ocorrendo – e o caminhão foi apreendido, numa rodovia federal, com a droga – por ordem do proprietário da casa. Em vez de a autoridade policial pedir o mandado de busca e apreensão, simplesmente resolveu, ela própria, ingressar na residência. (BRASIL, 2015).

O Ministro Luis Fux, observou que a jurisprudência do STF considera a guarda ou depósito de drogas crime permanente, e afirmou que a doutrina nacional entende que a casa é asilo inviolável, e não é um asilo de criminosos, nem um espaço de criminalidade, defendendo a tese levantada pelo Ministro relator.

O debate em plenário ocorreu no sentido de os Ministros encontrarem uma equação entre o combate ao crime de tráfico de drogas e o preceito Constitucional de proteção ao domicílio, evidenciado nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] Eu até adiro tendo em conta, como disse hoje, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado, do tráfico de drogas, acho que é necessário uma medida mais enérgica, mas penso que a sociedade precisa também ter uma segurança, uma salvaguarda, sobretudo, os mais pobres, os mais humildes, de não terem a sua residência invadida com truculência por um agente policial. (BRASIL, 2015).

No decorrer dos debates, o Ministro Gilmar Mendes com o auxílio do Ministro Luis Fux, chegaram à tese de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

Em seu voto o Ministro Edson Fachin enalteceu o debate e asseverou que é preciso encontrar um ponto de equilíbrio que seja, ao mesmo tempo, uma garantia da casa e, portanto, também uma possibilidade da realização de atividades policiais que sejam legítimas e acompanhou o voto do relator em relação ao caso concreto e a tese.

Após os debates os Ministros conheceram e desproveram por maioria o recurso extraordinário, sendo vencido o voto divergente do Ministro Marco Aurélio quanto à tese e o mérito.

Com o julgamento do recurso extraordinário nº 603.616 o Supremo Tribunal Federal criou um precedente judicial, firmando balizas para julgamento de casos semelhantes nos demais juízos do país.

CONCLUSÃO

O estudo da temática proposta foi realizado na busca de investigar a relativização do Direito Constitucional à inviolabilidade do domicílio no crime de tráfico de drogas, a fim de verificar em que medida esse Direito Constitucional prevalece sobre a Lei de Drogas no tocante a entrada não autorizada no domicílio.

No primeiro capítulo, foram expostos estudos sobre o direito a inviolabilidade do domicílio em uma retrospectiva histórica e sua influência em diversos ramos do direito. Posteriormente foram analisadas a tutela, a eficácia da norma constitucional e suas exceções. Ao final do capítulo foi investigado o instituto do flagrante delito como exceção ao direito a inviolabilidade do domicílio, desde sua origem, conceituação e aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

No segundo capítulo, foi realizado estudo sobre a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), referente à origem do controle e repressão ao comércio e consumo recreativo de drogas psicotrópicas, bem como os principais aspectos da Lei vigente e a posição do judiciário em relação a sua aplicação. Posteriormente foram analisados os entendimentos do TJ/RS e STJ no tocante a prisão em flagrante delito por tráfico de drogas, mediante entrada não autorizada em domicílio. Ao final do capítulo, foram tecidas considerações referente à composição do STF e sua posição frente ao assunto, na análise ao Recurso Extraordinário 603.616/RO.

Diante do estudo realizado, que teve como problema em que medida o Direito Constitucional da inviolabilidade do domicílio prevalece sobre a Lei de Drogas no tocante à entrada não autorizada na residência do suspeito pelo cometimento do crime de tráfico, pode-se dizer que as hipóteses levantadas se confirmaram, pois sendo o tráfico de drogas considerado crime permanente, é possível que a polícia entre no domicílio do suspeito do crime de tráfico de drogas, para realizar sua prisão em flagrante delito, sem qualquer autorização, seja durante o dia ou à noite, afastando-se a ilicitude da ação, desde que tenha elementos mínimos de convicção, antes da entrada, de que no interior do domicílio esteja ocorrendo o crime.

Para ter legitimidade a ação policial deve ter elementos mínimos, fundadas razões, de que no interior do domicílio esteja ocorrendo um delito. Esses elementos

têm de serem percebidos antes da entrada, pois a mera constatação do flagrante após ingresso no domicílio não justifica a medida.

As informações colhidas de forma anônimas, ou seja, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para autorizar a entrada no domicílio por si só, mas podem servir de base para averiguações, monitoramentos, ou campanhas no local com objetivo de colher elementos mais robustos que embasem a busca no domicílio.

Os policiais devem proceder a investigações preliminares que levem a descobrir que a residência de determinado indivíduo serve de depósito ou de local para a comercialização de substâncias entorpecentes, de modo a autorizar o ingresso na casa, que poderá ser a qualquer hora do dia ou da noite, dada a natureza permanente do tráfico de drogas.

Contudo, sendo o domicílio protegido pela Constituição como asilo inviolável, a não observância dos preceitos legais para a entrada da polícia em seu interior, ressalvadas as hipóteses constitucionais, torna a ação ilegal, assim como as provas resultantes desse procedimento, nos termos do art. 5º, inc. LVI, da CF/88.

Portanto, a falta de elementos mínimos ou de fundadas razões de que a residência esteja sendo utilizado para o crime de tráfico de drogas, não autoriza a entrada forçada no domicílio e torna a ação policial ilegal. Assim todas as provas colhidas a partir desse procedimento são ilícitas.

Conclui-se então que o direito a inviolabilidade do domicílio é relativizado em casos de flagrante delito de tráfico de drogas, porém 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.

O presente trabalho, além de ter contribuído para a formação do pesquisador, poderá repercutir no meio funcional das instituições policiais e quiçá servir de instrumento para futuras pesquisas de acadêmicos, estudiosos e para a sociedade como um todo, tendo em vista a atualidade e a pertinência dos assuntos tratados.

Ademais, sugere-se que o tema continue sendo pesquisado no campo acadêmico e jurídico, pois é sabido que as concepções jurisprudenciais podem alterar-se com a evolução da sociedade, uma vez que o Direito é uma ciência hermenêutica e não estática.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do Domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 15. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2015.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Decreto Imperial**, de 23 de maio de 1821. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Lei Imperial**, de 29 de novembro de 1832. Código de Processo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Lei 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; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **HABEAS CORPUS 118.533/MS**. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23-06-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

_____. **RECURSO EXTRAORDINARIO 603.616/RO**. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 05-11-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. **RECURSO EXTRAORDINARIO-QO 430.105/RJ**. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 13-2-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443566&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20430105%20-%20QO>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **RECURSO EM HABEAS CORPUS 67.379/RN**. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em: 20-10-2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28insignificancia%29+E+%28%22RIBEIRO+DANTAS%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&data=%40DTDE+%3E%3D+20161020&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=44>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

_____. **RECURSO EM HABEAS CORPUS 326.503/RS**. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em: 07-03-2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=trafico+de+drogas+HC+326503&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **RECURSO ESPECIAL 1.574.681/RS**. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em: 03-05-2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=201503076023&dt_publicacao=30/05/2017>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. **REGIMENTO INTERNO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINARIO 603.616/RO**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 23-05-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615342>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. **RESOLUÇÃO 5/2012** de 15 de fevereiro de 2012. Senado Federal. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=244829>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTELO BRANCO, Tales. **Da Prisão em Flagrante**: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos. 4. ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO; Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**, volume 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70071270813**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 14-12-2016. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70071270813&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. **Apelação Crime Nº 70070668561**, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 15-12-2016. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=domicilio+denuncia+anonima+trafico&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8>

8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 04 mai. 2017.

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figuedo. **Controle Penal Sobre as Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicidas.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.