**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**
**ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**
**CURSO DE DIREITO**

**EWERSON PADILHA DOBINSKI**

# A ILICITUDE DAS PROVAS PERANTE AS EXCEÇÕES DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NOS CRIMES PERMANENTES DE TRÁFICO DE DROGAS

**Caxias do Sul**
**2021**

**SUMÁRIO**

1. DADOS DE IDENTIFICAÇÃO ..... 3

2. OBJETO ..... 3

2.1 TEMA ..... 3

2.2 DELIMITAÇÃO DO TEMA ..... 3

2.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA ..... 3

2.4 HIPÓTESES ..... 4

3. JUSTIFICATIVA ..... 4

4. OBJETIVOS ..... 5

4.1OBJETIVOS GERAIS ..... 5

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS ..... 5

5. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA ..... 5

5.1 A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA ..... 5

5.2 EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA QUANTO A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO ..... 8

5.3 ASPECTODS ACERCA DA INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO ..... 11

5.4 TERMO “DOMICÍLIO” E SUA AMPLITUDE ..... 13

6. REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ..... 15

6.1 BREVE HISTÓRICO ..... 15

6.2 MECANISMOS DE COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS E A LEI 11.343/06 ..... 17

6.2.1 - Legislação atual e a definição de Droga ..... 17

6.2.2 - Do Tráfico de Drogas ..... 18

7. COMBATE AO TRÁFICO EM ESTADO DE FLAGRANCIA PELAS POLICIAIS MILITARES ..... 22

7.1. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DAS POLICIAS MILIARES ..... 22

7.2. O FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES DE TRÁFICO DE DROGAS E AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO ..... 24

8. REFERÊNCIAS ..... 28

## 1. DADOS DE IDENTIFICAÇÃO

Título do projeto: A ilicitude das provas perante as exceções da inviolabilidade de domicílio nos crimes permanentes de tráfico de drogas.

Autor: Ewerson Padilha Dobinski
Endereço: Rua Virginia Vebber Masotti 162
Telefone: (54) 999980642
E-mail: ewersond@gmail.com
Professora orientadora: Gisele Mendes Pereira
Curso: Bacharelado em Direito
Área de Concentração: Direito Penal, Direito Processual Penal, Lei Anti-Drogas
Instituição: Universidade de Caxias do Sul

## 2. OBJETO

### 2.1 TEMA

A ilicitude das provas perante as exceções da inviolabilidade de domicílio nos crimes permanentes de tráfico de drogas.

### 2.2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O tráfico de drogas é um dos maiores problemas enfrentados pelo Estado devido ao Estado Paralelo criado por facções que vem sendo espalhadas por cada metrópole do nosso Brasil, sendo assim o estudo contemplará a análise das normas legais quanto ao crime de tráfico de drogas, bem como o enfrentamento dos policiais de linha de frente versus o judiciário no combate de drogas, onde vem sendo pleiteado pelos defensores dos traficantes a ilicitude das provas em frente ao trabalho policial no desmantelamento de residências onde armazenam e traficam substâncias ilícitas.

### 2.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A dificuldade do enfrentamento e o retrabalho das forças policiais no combate e desmantelamento do crime de tráfico de drogas quanto nos flagrantes,

descaracterizado pelo judiciário sob e judice da ilicitude das provas nas diligências no ingresso de domicílios de depósito de drogas.

## 2.4 HIPÓTESES

a) Pesquisar a evolução da prova até o nosso atual Código de Processo Penal, e compreender a prova como um conjunto de atos destinados a levar ao Magistrado a convicção acerca da licitude ou licitude de uma prova;
b) Analisar as normas vigentes acerca da flagrância no crime de tráfico de drogas e o ingresso em domicílios nos crimes permanentes em flagrância;
c) Demonstrar a importância que o retardamento das diligências nos flagrantes de crime de tráfico de drogas no ingresso domicílio acarretariam sobreposição dos traficantes em frente a força Estatal.

## 3. JUSTIFICATIVA

A impunidade vem sendo o gargalo da (in)segurança da sociedade brasileira, o enfrentamento na ponta da lança feito por policiais militares vocacionados e regidos pelo nefasto direito castrense, o direito militar, seguem na labuta dia a dia lutando pela sociedade no desmantelamento das facções. Em tempos de pluralidade politica política e a rápida circulação de informações, o trabalho preventivo/ostensivo da polícia vem sendo minorado pelo judiciário em seus entendimentos quanto aos crimes em flagrância de tráfico de drogas.

O tema escolhido permitirá realizar uma ótica que por vezes o policial na ponta da lança e no desenvolvimento do flagrante é necessário penetrar na residência alheia do indivíduo já em estado de flagrância, pois o mesmo já está a margem de lei, ou seja ao perpetrar em flagrante de crime adquiriu o risco que seus direitos mais básicos como a liberdade sejam suspensos, o que não implica por óbvio a arbitrariedade do

Estado na prisão e nas diligencias no ingresso do domicilio do criminoso.

Tal estudo é de suma importância, uma vez que dentre todos os meios de provas no processo penal, a prova material é de suma importância, visto que é a mais pura fonte da verdade dos fatos, o desmantelamento de uma quadrilha em um referido bairro repercute em toda a sociedade. Por fim, a presente pesquisa tem como finalidade

analisar e dissertar sobre o liame das diligências e o acarretamento da ilicitude de provas proferidas pelo judiciário perante a materialidade do crime de tráfico de drogas.

## 4. OBJETIVOS

### 4.1OBJETIVOS GERAIS

Realizar um estudo através de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, quanto a licitude das provas nas diligencias dos crimes em flagrantes para a elucidação dos crimes permanentes de tráfico de drogas

O presente estudo principia as alegações que em que a inviolabilidade do domicílio poderá ser arguida por força policial perante o crime em flagrante, onde oportunamente será apontado aspectos a necessidade de violar domicilio estado de flagrância. Destarte, profissionais da segurança pública, operadores do direito, defensores de nossa carta magna perante os juramentos, se faz necessários alguns apontamentos seja pelo abuso de autoridade, seja pelos entendimentos dos magistrados que mira para o lado da descriminalização do crime de tráfico de drogas.

### 4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Apresentar conceitos e informações pertinentes à matéria, principalmente acerca da prova no Direito Processual Penal;
b) Pesquisar sobre os procedimentos e aceitação referente a materialidade do crime após a violação do domicílio no crime permanente.
c) Refletir sobre a importância da prova material.

## 5. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 5.1 A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não há precisamente quando iniciou-se o protecionismo ao lar do indivíduo, embora não seja possível estabelecer com precisão o exato momento quanto ao fim do estilo de vida paleolítico e ao início da era neolítico, o homem protegia a sua caverna como inviolável pois procurava defender de grupos inimigos bem como a sua

propriedade fundiária, podemos dizer que foi nesse ponto onde o homem passou a ter a propriedade privada.

O protecionismo do direito fundamental da inviolabilidade de domicílio advém ainda da idade média com a frase feito em seu discurso no parlamento britânico, Lord Chatham, sobre o tema, disse:

> 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".[1]

Com a evolução da sociedade outro ponto importante para a o direito da propriedade do indivíduo foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão onde os primeiros Direitos fundamentas foram reafirmados, insurgido na Revolução francesa, com a queda da bastilha, com o lema *Liberté, Egalité, Fraternité*, sobreviveu à revolução deve-se aqui entender o significado da propriedade e o porquê do protecionismo acerca deste direito fundamental. Tem-se então na evolução da sociedade a importância da casa de um homem e a necessidade de protegê-la.

Com a pretensão de tornar-se uma nova ordem social, afirmou-se 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 à propriedade.[2]

Foi a Revolução Francesa que aboliu a "propriedade privada" feudal instituindo-se a propriedade privada capitalista. A partir da revolução agrária e da monopolização de terras e, por meio do direito burguês, a propriedade privada capitalista tornou-se absoluta e exclusiva, elevada ao patamar de direito absoluto, estável, protegida em todo o mundo pelas leis, pela polícia e pelos tribunais.[3]

Os direitos de primeira geração ou de primeira dimensão têm como fundamentos o liberalismo político, o jusnaturalismo, o individualismo, a tripartição de

---

[1]MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/. Acesso em: 21 out. 2021.
[2]CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO; Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 56.
[3]CALASANS, Diogo de. **Historicidade da propriedade privada capitalista e os cercamentos,** Revista História: Debates e Tendências (Online), Passo Fundo, 18 ed. rev. Disponível em: https://www.redalyc.org/journal/5524/552459257007. Acesso em: 21 out. 2021.

poderes, o contrato social de Rousseau, o reconhecimento dos direitos naturais, enfim, todos os valores iluministas que permearam a Europa na segunda metade do século XVIII. Na primeira geração cabe ao homem, enquanto pessoa natural, ou a sua agregação, na forma da lei, formando um ente com personalidade própria (pessoa jurídica), a titularidade desses direitos. O Estado é devedor, não no sentido de ter que promovê-los, e sim com a função precípua de não intervir. Neles se consagram os direitos políticos, a cidadania![4]

Em síntese, durante toda a evolução da sociedade o domicilio é tratado como o lugar sagrado, o refúgio do homem e asilo inviolável por qualquer pessoa ou ente, sendo o lar diante também da evolução das leis uma propriedade ao mesmo tempo na figura concreta e abstrata tendo como proteção de ataques de terceiros e contra arbitrariedades de agentes estatais, é uma certeza assentada na concepção domiciliar inviolável, e outrora divinamente fundamentada, de direitos inalienáveis do homem. Essa proteção é como todos os direitos fundamentais advém de lutas e fatos históricos.

No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destaca-se que a inviolabilidade do domicílio tem semelhante previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, documentos internacionais de que o Brasil é signatário.

O artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos diz:

> Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Em sentido muito próximo, o artigo 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 enuncia:

> Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Os dois tratados internacionais preocupam-se evidentemente com o caráter arbitrário, abusivo ou ilegal que incursões no domicílio alheio podem assumir. Essa

---

[4]FERNANDES, Luciana Cordeiro de Souza. **Instituições de direito: desmistificando o direito público, privado e difuso**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 69.

preocupação não se repete no texto constitucional, em nossa constituição é desmembrado a vida privada, propriedade, imagem, honra e o domicílio. Observa-se que o legislador teve a intenção de exclusividade com cada direito fundamental abrangendo uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana

A partir dessa breve incursão histórica, pode-se concluir que a atual conformação do direito à inviolabilidade domiciliar, ao menos no sentido de liberdade pública hoje corrente, sofreu forte influência de tensões sociais, a evolução da sociedade preocupou-se em proteger cidadãos contra buscas e apreensões arbitrárias.

## 5.2 EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA QUANTO A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

No Brasil, todas as constituições sem exceção previram a inviolabilidade domiciliar. O direito a inviolabilidade de domicílio é uma garantia constitucional que vigora no Brasil desde os tempos da carta imperial de 1824. Com o passar dos anos ela foi diversas vezes alterada, mas nunca perdeu seu contexto protecionista.

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, e conferiu as bases da organização político-institucional do país independente.

A Constituição outorgada não apenas modelou a formação do Estado, como teve importante papel na garantia da estabilidade institucional necessária à consolidação do regime monárquico.[5]

A Constituição definia juridicamente as bases dos direitos civis quanto a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade

[5]DUARTE, Leila Menezes. **Justiça e poder: a constitucionalização do poder judiciário sob o império brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010, p. 45.

Na Constituição de 1824 quando Brasil ainda Império, disciplinava o tema o art. 179, 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 determina.[6]

Na primeira Constituição republicana, em 1891 (art. 72, § 11), esse direito aparecia com a seguinte redação "A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei".[7]

Nesta fase histórica o Brasil passava por um momento de transição do regime monárquico para o republicano, necessitava de uma nova carta magna para orientar as diretrizes constitucionais, tarefa que teve grande relevância sendo executada pelos juristas de renome Rui Barbosa e Prudente de Morais.

No texto fundamental de 1934 art. 113, item 16 dizia-se:

> A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.[8]

Neste momento as bases do Brasil República entrevadas pelo que chama-se historicamente de coronelismo. O golpe militar sofrido em novembro de 1889 deu origem ao "coronelismo", visto que o coronel tornou-se a autoridade local e, por sua vez, exigia em troca, dos serviços prestados, pelo protecionismo a fidelidade e obediência e principalmente o voto. Surge o então "voto de cabresto", pois devido ao voto ser aberto, era possível saber quem não foi fiel ao coronel.

---

[6]BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.
[7]BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.
[8]BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

A constituição de 1937 na era da Ditadura Getulista diplomava em seu texto que “A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. [9]

Na Constituição de 1946, o art. 141, § 15º, dispôs novamente que eram assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, com previsão de que “A casa é o asilo inviolável. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”. [10]

A redação idêntica ao texto fundamental de 1946 trouxe novamente em seu art. 150, § 10º CF/1967, sob a tutoria do regime militar. A subsequente redação constitucional decorrente da EC 1/69 estipulava que “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.[11]

Por fim, a Constituição de 1988 prevê que a casa como asilo inviolável, assim temos uma garantia expressa e se faz presente no art. 5º, XI da Constituição Federal 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”. [12]

Verifica-se que em todas as Constituições, à exceção da de 1937, existiam previsões similares ao que hoje consagra a Constituição de 1988, mas em nenhuma delas se reportava como agora para a possibilidade de autorização judicial para ingresso durante o dia.

---

[9] BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.
[10] BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.
[11]BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.
[12] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

## 5.3 ASPECTODS ACERCA DA INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

A inviolabilidade do domicílio é um desdobramento dos direitos da personalidade, da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade. É a guarida constitucional para a proteção da casa como o asilo inviolável do indivíduo. Não obstante, tal direito também gera obrigações por parte do Estado em propiciar a segurança necessária para garantir esse direito. A Constituição de 1988 prevê que a casa como asilo inviolável, assim temos uma garantia expressa e se faz presente no art. 5º, XI da Constituição Federal

O direito do asilo inviolável protege da intervenção estatal em não violar a intimidade do lar dos cidadãos, é a defesa do asilo dos limites estatais, tendo, de forma abstrata muros profundamente invioláveis perante o Estado. Destarte como todo direito não é absoluto temos também de forma explicita exceções no tocante que a lei excepcionalmente, que até mesmo um direito fundamental poderá ser violado, taxado pela nossa carta magna, em caso de desastre e flagrantes.

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.[13]

Na esfera da proteção dos direitos Moraes explica que o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, tem por finalidade básica o respeito e sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal.[14]

Sendo assim a tutela constitucional visa resguardar a tranquilidade e sossego do indivíduo quando inserto em seu domicílio, onde não deva ser perturbado. Assim, tanto o Estado quanto o particular deve respeitar o espaço constitucionalmente tutelado. Da mesma maneira, tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica detém o poder legal de tutela domiciliar protegido pelos direitos fundamentais.

---

[13] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 571.

[14] FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/. Acesso em: 18 out. 2021.

Trata-se de um direito assegurado aos ricos e aos pobres, ainda que estes morem em um barraco debaixo da ponte. Por serem os pobres mais vulneráveis, é necessário que haja uma maior proteção estatal, com o fim de assegurar a inviolabilidade domiciliar, na medida em que a igualdade de direitos fundamentais, em sua essência, só é assegurada quando os seus destinatários podem exercê-los em condições de igualdade e está só é alcançada quando na vida real há igual proteção.

A respeito dos direitos fundamentais, Moraes explica que direitos fundamentais são relativos, pois não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.[15]

Diante de nossa carta magna tem-se que é possível entrar na casa sem consentimento do morador, parece claro que o direito não é absoluto e o próprio texto constitucional tratou de delimitar as exceções. Ou seja, em caso de flagrante delito, desastre, cumprimento de ordem judicial e para prestar socorro, este rol taxativo consagrado pelo mesmo dispositivo que veda a violabilidade, também traz as exceções da entrada em domicilio alheio, sendo assim não seria admissível a oposição do morador à entrada na casa.

Fernandes aponta descritivamente em sua obra de forma sucinta as exceções:

> Mas, por não se tratar de direito absoluto, o próprio texto constitucional consagra exceções: nos casos de desastre, prestação de socorro ou flagrante delito durante o dia ou durante a noite e ainda durante o dia por determinação judicial. Aqui diferenciamos: a) critério físico-astronômico: equivalente ao lapso de tempo entre o crepúsculo e a aurora; b) critério cronológico: das 6h às 18h; c) critério misto: a junção dos dois outros critérios. As exceções, tanto de dia como de noite, em caso de flagrante delito ou desastre, e ainda, para prestar socorro são explicitadas do seguinte modo: Por flagrante delito devemos entender os termos definidos no Código de Processo Penal. Por desastre, devemos entender os eventos calamitosos, como incêndios, inundação, etc. No caso na invasão no intuito de prestar socorro, deve-se pontuar que, aqui, é caso diverso da entrada em razão da calamidade, também não se justificando por qualquer fundamento, mas apenas se presente um risco grave e uma situação que impeça o pedido de acesso.[16]

---

[15] FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/. Acesso em: 18 out. 2021.
[16] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 324.

Sendo assim, os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados nem absolutos uma vez que encontram seus limites e exceções inclusive de direitos fundamenteis descritos pela Carta. Assim observa-se que não existe direito absoluto, mas sim sua relativização, problemática não sanada pelo legislador sendo que existe uma linha tênue entre a proteção fundamental da proteção do asilo inviolável e força da entrada no domicilio alheio do crime em flagrante, temática essa que vem sendo tratado através de embates e jurisprudências por parte do judiciário que por vezes tenta usurpar as exceções já taxada pelo legislador, para maior compreensão do tema devemos entender o que hoje se entende pelo termo “domicilio”.

## 5.4 TERMO “DOMICÍLIO” E SUA AMPLITUDE

O termo domicilio não foi taxada explicitamente no ordenamento jurídico, o termo “domicílio”, embora que, a Constituição Federal não utilize a expressão domicílio, substituindo por “casa”. Ambos os termos devem ser tomados como equivalentes, devido a sua amplitude no direito.

Sendo assim, equipara-se o termo “domicílio” a expressão “casa”, ambos correspondem, ao lugar onde uma pessoa vive ou trabalha, não aberto ao público, reservando a sua intimidade, sua vida privada, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. A definição jurídica de casa se encontra no § 4º, do artigo 150, do Código Penal:

> Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
>
> § 4º - A expressão "casa" compreende:
>
> I - qualquer compartimento habitado;
>
> II - aposento ocupado de habitação coletiva;
>
> III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.[17]

[17] BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

O termo não guarda relação direta a propriedade, Para os efeitos da proteção constitucional o domicílio deve ser interpretado com a maior amplitude possível, diferentemente do Código Civil que o faz de forma objetiva e não abrangente conforme no artigo 70 do Código Civil referindo-se à residência local permanente.

Damásio nesse prisma referente a abrangência do termo amplo de domicílio, explica que a casa, no caso seria o lugar onde alguém mora, como por exemplo: barraca de campista, barraco de favela ou rancho de pescador, não importando se a moradia seja de forma permanente, transitória, eventual ou alternada.[18]

A proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar abrange todo local, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservaram-se, mediatamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo, pois, como destacado pelo Ministro Celso de Mello:

> A extensão do domicílio ao compartimento habitado e outras moradias, além de locais não abertos ao público no qual exerce a pessoa sua profissão ou atividade, há que ser entendida como um reforço de proteção à intimidade e à privacidade, igualmente exercitadas e merecedoras de tutela em locais não incluídos no rígido conceito de 'residência' e domicílio.[19]

Gilmar Mendes ao tratar do objeto da inviolabilidade domiciliar no âmbito profissional, 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) que o STF vê como objeto da garantia constitucional qualquer compartimento onde alguém exerce profissão ou atividade.[20]

Desta maneira, o conceito normativo de casa revela-se o mais abrangente possível, estendendo-se, também a escritórios e locais profissionais. Noutras palavras, segundo o STF, "muito embora a Constituição empregue o termo "casa", a proteção contra a busca domiciliar não autorizada vai além do ambiente doméstico" alcançando também a aposentos de natureza coletiva (quartos de hotéis, alojamentos fabris por exemplo).

---

[18] JESUS, Damásio Evangelista de**. Código penal anotado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 531.

[19] STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43.

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 50

Portanto, ambientes profissionais privados em geral (escritórios, lojas, oficinas, restaurantes, consultórios, etc.) estão sujeitos à proteção constitucional ora analisada. Como explicita o próprio STF, compreende-se como “qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

## 6. REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA AO TRÁFICO DE DROGAS

### 6.1 BREVE HISTÓRICO

Na história das civilizações, há vários registros relacionados ao uso de drogas. Na pré-história, o homem já utilizava plantas e algumas substâncias de origem animal para a alteração da consciência, para alcançar a transcendência nos rituais religiosos e na busca de seu bem-estar físico e psíquico.

Maurides Melo explica que já se consumiam drogas cinco mil anos antes de Cristo, sempre de forma ritual, litúrgica, ou relacionado a festividades, especialmente de cunho religioso, alegando assim, que esse não é um fenômeno social característico da humanidade, mas uma parte da história.[21]

Na contemporaneidade, os usos das substâncias psicoativas ganharam novos significados, assumindo uma preocupação central no debate público.

O Código Penal Brasileiro do Império (1830) não mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes. Com a promulgação do primeiro código penal do Brasil república, em 1890, houve a previsão de crimes contra a saúde pública, e em seu art.159 constava a previsão expressa do crime:  expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem a legítima autorização, sendo prevista pena de multa ao infrator

Décadas após, Getúlio Vargas no regime provisório promulga alterando a lei complexificando as condutas contra a saúde, o Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932 em seu artigo 1º trouxe no dispositivo o rol taxativo das substâncias

[21] RIBEIRO, Maurides De Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341.

consideras ilícitas, ainda é acrescentada a prisão cautelar em matéria sancionatória, a posse ilícita de entorpecentes só foi realmente criminalizada em 1932:

> Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

O consumo somente integrou a lista de ações criminalizadas em 1938, com o Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938

Influenciada pelas Convenções Internacionais sobre as drogas, entre elas para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, o protocolo firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra 1936, levou o país a adesão do modelo proibicionista do modelo norte americano, e adoção do padrão internacional de controle de entorpecentes.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras 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 substancias consideradas entorpecentes.[22]

Já na esfera criminal sobre drogas, em 1940 foi editado o Código Penal, que previa o crime de tráfico e de posse de substâncias entorpecentes, punido com reclusão de um a cinco anos. As infrações entraram na categoria dos crimes contra a saúde pública. Em 1964 adicionou-se ao crime a ação de “plantar”, e em 1968 incluiu-se “preparar ou produzir”, explicitando-se, ainda, que as mesmas penas se aplicariam a quem trouxesse consigo, “para uso próprio”, substâncias entorpecentes.

O cenário internacional, especialmente advindo dos Estados Unidos, onde o presidente Nixon, em 1971, declarou as drogas como o inimigo número um do país e deu à repressão estatal uma força nunca antes vista, em resposta ao crescente uso de entorpecentes, relacionado à contracultura e à Guerra do Vietnã

[22] CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

Em 1973, o Brasil aderiu ao Acordo Sul-Americano  sendo promulgada a a Lei 6.368/1976, que separou as figuras penais do traficante e do usuário.

Em consonância com as convenções 1976, foi aprovada a Lei nº 6.368, que dispôs sobre as “medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”. Através dessa Lei, em que pese tenham sido previstos tipos penais distintos para traficantes e usuários.

Finalmente, a Constituição de 1988 determinou que o tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia. Em seguida, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) proibiu o indulto e a liberdade provisória e dobrou os prazos processuais, com o objetivo de aumentar a duração da prisão provisória.

A Lei n.10.409/2002 com o objetivo de substituir a Lei n.6.368/1976. A nova legislação foi alvo de severas críticas, com vários vetos relação aos crimes e às penas previstas, sancionando-se somente, a sua parte processual. Nesse contexto, o combate às drogas era regulamentado por duas legislações: a parte penal de 1976 e a processual de 2002.

Com o advento da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) eliminou a pena de prisão para o usuário e o dependente. A legislação também passou por diversas mudanças e está em vigor até os dias atuais, tais mudanças e sua problematização veremos no próximo capítulo.

## 6.2 MECANISMOS DE COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS E A LEI 11.343/06

### 6.2.1 - Legislação atual e a definição de Droga

Primeiramente, vale destacar que o objeto deste estudo não é acerca das diversas doutrinas acerca do termo droga, trata-se aqui neste capítulo o que hoje a lei entende-se por droga, ademais, outro ponto importante a ressaltar referente a lei de drogas traz em seu dispositivo a técnica legislativa da lei penal em branco, o que denota maior flexibilização na lista das substâncias.

A Lei de Drogas 11.343/06, regulamenta em seus artigos 1º, § único, e 2º o que e considerado droga, trazendo a questão dos psicoativos que causam dependências, mas somente os especificados em lei ou por lista atualizadas pelo Poder Executivo da União e as proibindo em todo território nacional, salvo por hipótese de autorização legal ou regulamentar conforme segue a seguir:

> Art. 1º - Parágrafo único - Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.
>
> Art. 2º - Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.[23]

Desta maneira, a própria Lei de Drogas vincula os entorpecentes com as substâncias inseridas no rol da Portaria nº 344 de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A complementação do conceito de “drogas” subordina-se à lista contida na portaria do Ministério de Saúde, necessitando verificar se há o enquadramento de determinada substância neste rol para fins de tipificação ou não.

No entanto, a maior problematização do tráfico de drogas fundam-se nas drogas ilícitas costumeiras entre elas crack, cocaína e maconha.

### 6.2.2 - Do Tráfico de Drogas

Tal objeto de estudo não trata-se do usuário de drogas, por menos a diferenciação de usuário e de traficantes, neste capitulo a intensão é objetivar o crime de tráfico de drogas.

Conforme Nucci, tráfico é o comércio, tráfego ou fluxo de mercadorias e em tese o comerciante de drogas que visa lucro ou até mesmo um simples passador pode ser denominado traficante, pois passar a substância entorpecente faz com que ela

---

[23] Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas** - **Sisnad**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 19 nov. 21.

circule de mão em mão e certamente ambos devem ser punidos, pois o simples ato de passar traz perigo a saúde pública assim mesmo como vender. [24]

Sobre o crime de tráfico de drogas, a Lei nº 11.343/06, define em seu art. 33, dezoito condutas típicas de ações "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.

Além disso, o crime de tráfico de drogas é equiparado aos Crimes Hediondos e dessa forma a Lei de Drogas traz para as condutas enquadradas nos artigos 33, caput, e §1º, e 34 a 31 a vedação a fiança, a graça, anistia, indulto, o sursis e a liberdade provisória[25], além da restrição ao livramento condicional que só poderá ser concedido após o cumprimento de dois terços da pena.

Destaca-se outro ponto importante nesse contexto, o legislador com a evolução do combate as drogas travados nos anos 70 pelo discurso de guerra contra as drogas, trouxe o aperfeiçoamento das edições das leis antidrogas as leis com esse poder intrínseco de penalização do traficante, tendo ainda o objeto tutelado como a saúde pública.

Zafarroni nos explica que o Direito Penal, compreendido enquanto o "discurso dos juristas" deve conter o poder punitivo do Estado. Assim, a partir da análise de bens jurídicos essencialmente relevantes, deve-se criminalizar as condutas com o fito de proteção de tais bens. [26]

Vale ressaltar que o tráfico drogas afronta diversos bens jurídicos e não somente a saúde pública, a respeito deste tema Luís Greco questiona: "Para quem o

---

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 1º. Ed. 1.Grupo GEN. São Paulo. 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991296/. Acesso em: 26 out. 2021, p. 245.

[25] O entendimento pela concessão de liberdade provisória ao acusado de tráfico foi modificado pelo Supremo Tribunal Federal108 que, nos últimos anos, passou a se posicionar no sentido de que a liberdade provisória não pode ser negada por mera referência à vedação contida no art.44, tendo em vista que a mera vedação absoluta seria uma ofensa aos princípios constitucionais da presunção da inocência.

[26] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pg. 796.

bem jurídico deve ter importância fundamental? Para os indivíduos, para a coletividade ou para os dois?

Greco sobre o tema descreve:

> Segundo seu titular, haveria bens jurídicos individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública, paz pública) ou estatais (administração pública, administração da justiça, soberania, ordem pública econômica). Segundo a percepção, haveria bens jurídicos concretos (vida, integridade corporal, patrimônio) e abstratos (incolumidade pública, fé pública, paz pública). Segundo a natureza, haveria bens jurídicos naturais (vida, integridade física, liberdade) e normativos (patrimônio, administração pública, ordem pública econômica). Segundo seus elementos, dever-se-iam distinguir bens jurídicos de origem real (vida, integridade corporal, saúde) e de origem ideal (honra, sentimento religioso). [27]

Desta forma a relativização do crime de posse de drogas tratado como problema de saúde pública mascara o delito do tráfico de drogas, não há dúvidas que o usuário deve ser tratado como problema de saúde pública com diversos mecanismos principalmente a conscientização acerca do uso das drogas e aqueles que já estão submersos nas drogas todo o apoio estatal para a cura do vício.

No entanto o crime de tráfico este já consagrado como crime hediondo pelo legislador devido a sua periculosidade para a sociedade, um delito que tem uma problematização muito mais amplo do que o bem tutelado da saúde pública, deve-se mensurar o que o crime de tráficos de drogas, traz para a sociedade especialmente para moradores do conjunto de habitações populares, as favelas propriamente ditas, que são postos como reféns dos traficantes, onde emanam poder e se organizam em uma hierarquia preocupada em garantir três coisas: o abastecimento e a venda constante das drogas, o sistema de proteção contra a polícia ou rivais, e o poder sobre aquele nicho de pessoas a margem da sociedade

Além da lei de drogas temos a criação de diversos mecanismos para garantir o poder estatal sobre a criminalização do delito com advento da Lei das Organizações Criminosas, acrescentou o dispositivo de associação criminosa para o tráfico de drogas (artigo 35 da Lei 11.343/2006), que se caracteriza pela participação de no mínimo duas pessoas.

---

[27] Greco, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pg. 101.

Diante disto, temos de forma tendencial por opiniões políticas que são a favor de descriminalização do uso de entorpecentes, que o crime de tráfico de drogas, onde o sujeito passivo é a coletividade e o bem jurídico tutelado reconhecido como um bem de perigo abstrato, em nosso ordenamento não se proíbe a mera conduta, se não houver o resultado, portanto, diante disto *ipso jure*, de fato o crime de tráfico o menor dano causado é a saúde direta do indivíduo. Tem-se então o grau de lesividade individual mínimo e o perigo concreto de todo uma sociedade que vive as margens do poder estatal.

Ainda sobre o exposto Masson nos ensina que alegação de que tutelaria a saúde pública constitui simples pretexto para legitimar uma opção político-criminal irracional, violenta e absolutamente desastrosa. [28]

Para Carvalho, é importante perceber a dificuldade da problematização e de crimes que o tráfico de drogas acarretam

> Todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, como sabemos, porque temos uma carência quase absoluta de investigações e dados empíricos. Apesar disso, talvez possamos arriscar que o crime organizado em nosso território, ou seu lado mais saliente, esteja ligado ao tráfico de drogas e de armas, corrupção, furto e roubo de automóveis e roubo de cargas.[29]

Por fim, os traficantes ruptores da moral atacam cotidianamente diversos bens jurídicos como incolumidade pública, vida, saúde, família, integridade física e segurança nacional. Cabe ao ente estatal tutor do garantismo penal e constitucional, proteger a sociedade objetivando os princípios basilares como o da dignidade da pessoa humana, tanto do usuário como das pessoas que vivem ao redor da traficância. Punindo infratores do tráfico da maneira em que a atividade crime não seja compensador. [30]

Ribeiro no mostra que o bem jurídico tutelado referente a saúde deve ser primaria em que se pese a prevenção quanto as drogas, como nos explica As ações

---

[28] MASSON, Cleber. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**, 2ª .ed. Grupo GEN, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788542638123/. Acesso em: 31 out. 2021, p. 143

[29] CARVALHO, Salo,de . **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006,** 8ª .ed. Editora Saraiva, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/. Acesso em: 31 out. 2021. p. 129.

[30] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Leis especiais: aspectos penais**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 1996. p. 129.

de saúde, portanto, devem atuar nos fatores de vulnerabilidade buscando evitar a ocorrência da violência e, consequentemente, promovendo a saúde. [31]

Desta maneira conclui-se que o tráfico de drogas é necessário a formulação de medidas e estratégias necessárias para o seu combate como força paraestatal criminosa e não como um problema de saúde pública.

## 7. COMBATE AO TRÁFICO EM ESTADO DE FLAGRANCIA PELAS POLÍCIAS MILITARES

### 7.1. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DAS POLICIAS MILIARES

As policias militares, órgão reserva do Exército Brasileiro são instituições permanentes e regular, organizada com base na hierarquia e na disciplina. Cabe a ela a preservação ostensiva da ordem pública, protegendo o cidadão, a sociedade e os bens públicos, contribuindo para todos os segmentos, diminuindo conflitos e garantindo a segurança para a população.

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.
>
> § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.[32]

Após uma breve introdução, tem-se que em nossa Constituição que cabe a proteção estatal para a sociedade todas forças de segurança pública regidos pelo art 144 pela CF88, mas cabe principalmente as policias militares atuarem no policiamento ostensivo que regidos por um código penal castrense rígido e também disciplinado estado a estado de federação por Regulamentos Disciplinares Institucionais, este que passou por mudanças após a CF/88 e aquele que é regido desde 1968.

As Policiais Militares no seu nível estratégico tem-se a função de preservar a incolumidade das pessoas intervindo ostensivamente nas incidências de maiores

---

[31] RIBEIRO, Maurides.de. M. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. 1.ed. Saraiva. São Paulo. 2013 Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502206977/. Acesso em: 31 out. 2021.
[32] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

crimes como por exemplo roubos, furtos, homicídios, vale destacar que muitos crimes como o furto que estão interligados com o usuário que precisa de dinheiro ou objeto de troca para comprar a droga, o homicídio que ocorre nas favelas pela disputa do tráfico de drogas, os roubos a residências e a carros para o fortalecimento das facções, desta maneira temos que  onde há crime que não for esporádico ou de cunho existe a força do tráfico por trás

Desta maneira, o policial no seu dia a dia no policiamento ostensivo além das diversas atribuições originas pelo 190, onde a população tem-se como a ultima ratio e polícia para os mais diversos problemas que por muitas vezes, ainda que, não se trata de um crime consumado ou tentando clama pela polícia, seja por desentendimento com um vizinho ou uma discussão entre os cônjuges, além deste serviço prestado do atendimento de ocorrências.

Além disto, a polícia tem a obrigação em atuar em crimes de flagrância, como roubos, furtos, crimes dolosos contra a vida, ou seja todos crimes elencados no nosso código penal, cabe em sua grande maioria ao policial militar se em estado de flagrância proceder a prisão dos delinquentes.

Portanto, o policial que está na linha de frente está defendendo a sociedade imbuído na missão de zelar pela incolumidade publica, e o crime que afronta de forma direta é a traficância do tráfico de drogas. As policias militares é revestido de poder constitucional para interferir onde está ocorrendo ou acaba de ocorrer um crime, está interferência poderá infringir direitos fundamentais do criminoso como já exposto nem todo direito fundamental é absoluto, pois se o cidadão infringiu uma norma penal pré estabelecida pelo ordenamento o mesmo passa a ser um infrator da lei, estando as margens de alguns preceitos fundamentais, como por exemplo o traficante que armazena drogas em sua residência, este meliante está incorrendo em um crime, forças policiais para cessar tal crime deveram violar domicilio alheio do traficante, descumprindo a garantia do indivíduo em delito, invadindo a polícia seu domicilio para cessar o estado de flagrância do delito de tráfico de drogas.

## 7.2. O FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES DE TRÁFICO DE DROGAS E AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

O legislador em nosso código processo penal em seu artigo 41 faz menção da infração permanente, e o processo a ser adotado para infrações permanentes que entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

O entendimento da Suprema Corte e do STJ é no sentido de que é viável o ingresso forçado pela polícia, independentemente de autorização judicial, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente.

Diante do exposto devemos lembrar que o direito à inviolabilidade de domicílio tem previsão no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, para o qual 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. Sendo assim quando o infração esteja ocorrendo no interior de um domicilio, estará permitido a entrada pela legislação, mesmo que implique na quebra de um direito fundamental.

Vale ressaltar que entre outras situações que exigem ação imediata da polícia. No rol dos crimes permanentes, para estão o depósito ou porte de drogas, extorsão mediante sequestro e cárcere privado.

Moraes explicita sobre a exceção de infringir um direto fundamental.

> Os direitos fundamentais, igualmente, são relativos, pois não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, a regra, no Estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias. Em algumas poucas hipóteses, o próprio Texto Constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades (por exemplo: art. 5º, XI e XII); em outras, existe a autorização genérica e, repitamos, excepcional, para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade. Ressaltemos, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdade individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, *adequadas* e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da *razoabilidade*. [33]

[33] FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/. Acesso em: 18 out. 2021. p. 45.

A maior parte das condutas tipificadas no art. 33, caput, configura crime permanente. Sobre o tema o Min Lewandowski descreve que “os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”[34]

Ainda sobre o tema STJ 5º turma no entendimento do Min Reynaldo traz que:

> O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garante ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida.[35]

O entendimento do STF em diversas fundamentações de Habeas corpus interpostos alegando a ilegalidade de provas e materialidade devida a força policial ao entrar em domicílio na busca e apreensão da materialidade onde ocorre o crime permanente de tráfico de drogas, exemplifica que:

> A busca e apreensão realizada pela autoridade policial diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida, ainda que ausente autorização judicial prévia, é admitida pela jurisprudência do STF, sendo certa a possibilidade de controle jurisdicional posterior, no bojo da ação penal, seara adequada ao revolvimento do arcabouço fático-probatório[36]

Na mesma seara, o STJ também compreende o ingresso no domicilio em caso de flagrância.

> O crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja consumação se protrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal” [37]

No entanto, para o ingresso forçado devem haver fundadas suspeitas que no local esteja ocorrendo um crime, Min Rogerio Schietti em sua fundamentação cita que:

> O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem

---

[34] STF, HC 98.340/MG, 1ª T., rel. Min. Ricardo, j. 6-10-2009, DJe n. 200, de 23-10-2009, RT 891/539
[35] STJ, AgRg no REsp 1.909.082/MG, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 2-2-2021, DJe de 4-2-2021).
[36] STF, HC 175.454 AgR/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 11-11-2019, DJe n. 256, de 25-11-2019).

[37] (STJ, AgRg no REsp 1.840.387/SC, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23-6-2020, DJe de 29-6-2020).

> 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. [38]

Diante disto e o caráter permanente do crime não autoriza o desrespeito ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, uma vez que é necessário que o flagrante esteja configurado sob fundadas razões. Ou seja, para fins de entrada de domicílio, o estado de flagrância deve estar devidamente amparado em razões fundamentadas, não havendo motivo para entrada quando houver somente fato conhecido como crime permanente.

Moraes sobre o tema traz que tal quebra ao direito fundamental deve ser exceção

> [...]tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabendo analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.[39]

No entanto no cenário atual temos divergências quanto a jurisprudência onde existe uma linha tênue entre a fundada razão para o ingresso de domicilio a 5º e a 6º turma tem sido divergente em alguns julgados. Ainda que toda materialidade demonstre o crime permanente, o ingresso em domicilio alheio sem fundadas razões, diversos criminosos estão sendo absolvidos no que pese em que as provas foram ilícitas ao adentrar em domicilio alheio.

Nesta seara da ilicitude das provas demonstra-se aqui entendimentos contrários do STJ

> HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.
>
> 1. Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso desautorizado na residência do agente.

---

[38] REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/8/2017).
[39] FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/. Acesso em: 18 out. 2021, p. 41.

> 2. Denúncias de origem não identificada, que por si não servem de qualquer modo como prova, e o sequente ingresso imediato no domicílio, sem quaisquer diligências investigatórias adicionais prévias, não cumprem ao requisito de fundamentos razoáveis da existência de crime permanente dentro do domicílio.
>
> 3. In casu, os policiais entraram na casa, onde estavam quatro pessoas e uma delas (o acusado), ao ver a guarnição, foi para o quarto e jogou o revolver pela janela, ou seja, o paciente teria dispensado a arma de fogo pela janela após avistar os policiais dentro de sua residência.
>
> 4. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da arma de fogo, pela violação de domicílio, e, consequentemente, absolver o paciente[40]

Diante do exposto, o mesmo está à margem da lei, portando uma arma ilegalmente, como poderá o mesmo arguir sua legitimidade de garantias? Pois o primeiro direito à liberdade já está cerceada ao ser flagrado cometendo um crime.

Decisões como esta, desvinculadas da realidade do crime neste país e, muito pior, contrário ao conceito circunstancial e probatório da prisão em flagrante, ferem de morte o direto constitucional à segurança da sociedade, contribuem para o fortalecimento do crime organizado, estimulam a prática de crimes, levam ao descrédito na Justiça Pública e corroboram com a sensação de insegurança e com a justiça privada.

Deve-se esclarecer que, não é a invasão do domicilio em busca de flagrância, o que se traz à tona é o indivíduo preso em flagrante com determinada quantia de droga, e diante informações a penetração na residência do indivíduo em busca da materialidade do delito que já está consumado, nessas situações é por obvio a violação de domicilio é posterior ao estado de flagrância.

Qual será o fundamento das justas causas aceito pelos magistrados para penetrar nos domicílios alheios? Se nem a flagrância está sendo, segundo os tribunais superiores, causa de adentrar sem permissão, distorcendo a CF/88 até flagrância agora precisa da permissão do morador, tem-se que então que dar um novo conceito para flagrante delito, e para definição de crime permanente. É lógico que ninguém é obrigado a criar provas contra si mesmo, o princípio do "*nemo tenetur se detegere*" isso é constitucional, porém existem casos que se tem a certeza do ilícito penal diante da materialidade obtida ao ingressar no domicilio. Conforme destaca Moraes:

---

[40] STJ – Rel Ministro NEFI CORDEIRO: HC 609982 RS 2020/0224783-0 6º Turma.

> Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve-se utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do Texto Constitucional com suas finalidades precípuas.[41]

Tais decisões fundadas na ilicitude das provas diante da prova da certa materialidade só promove o desequilíbrio na sociedade com base na impunidade implícita, disfarçada de legalidade em uma decisão dada por ministros Constitucionalistas extremistas que não tem a vivência do cotidiano dentro da sociedade, onde a maioria são pessoas comuns que se mantém introduzida nela dependendo do controle das forças de segurança para que o caos não se instaure.

Não obstante, sabe-se que os ministros a maioria vivem numa bolha e não vivem os problemas e situações de pessoas comuns. Ademais, isso só gera instabilidade na sociedade em geral, merecendo ser melhor questionada essa decisão, pois o mal que isso vai gerar é muito pior. Sabendo-se que o tráfico de drogas só aumenta por se tratar de uma fonte ilícita e rápida de promover dinheiro. Contudo, cada dia um entendimento onde não há uma justiça que representa os anseios do povo.

## 8. REFERÊNCIAS


BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 571.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:


[41] FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Grupo GEN, 2018.. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/. Acesso em: 18 out. 2021. p. 47.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

CALASANS, Diogo de. **Historicidade da propriedade privada capitalista e os cercamentos,** Revista História: Debates e Tendências (Online), Passo Fundo, 18 ed.

rev. Disponível em: https://www.redalyc.org/journal/5524/552459257007. Acesso em: 21 out. 2021.

CARVALHO, Salo,de . **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006,** 8ª .ed. Editora Saraiva, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/. Acesso em: 31 out. 2021.

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

DUARTE, Leila Menezes. **Justiça e poder: a constitucionalização do poder judiciário sob o império brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010..

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Luciana Cordeiro de Souza. **Instituições de direito: desmistificando o direito público, privado e difuso**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FORENSE, Equipe. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/. Acesso em: 18 out. 2021.

Gilmar Ferreira. Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo. Gonet Branco. - 4. ed. rev.Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

Greco, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/. Acesso em: 31 out. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de**. Código penal anotado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 19 nov. 21.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**, 2ª .ed. Grupo GEN, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788542638123/. Acesso em: 31 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/. Acesso em: 21 out. 2021.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Leis especiais: aspectos penais**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 1º. Ed. 1.Grupo GEN. São Paulo. 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991296/. Acesso em: 26 out. 2021.

REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/8/2017).

RIBEIRO, Maurides.de. M. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. 1.ed. Saraiva. São Paulo. 2013 Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502206977/. Acesso em: 31 out. 2021.

STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43.

STF, HC 175.454 AgR/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 11-11-2019, DJe n. 256, de 25-11-2019).

STF, HC 98.340/MG, 1ª T., rel. Min. Ricardo, j. 6-10-2009, DJe n. 200, de 23-10-2009, RT 891/539

STJ – Rel Ministro NEFI CORDEIRO: HC 609982 RS 2020/0224783-0 6º Turma.

STJ, AgRg no REsp 1.840.387/SC, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23-6-2020, DJe de 29-6-2020).

STJ, AgRg no REsp 1.909.082/MG, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 2-2-2021, DJe de 4-2-2021).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.