

**TRÁFICO DE DROGAS COMO DELITO PERMANENTE E
POSSIBILIDADE DE FLAGRANTE ATEMPORAL *VERSUS* DIREITO
FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DOMICILIAR:
(IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO PODER PUNITIVO**

**DRUG TRAFFIC AS A CONTINUING OFFENSE AND THE
POSSIBILITY OF TIMELESS *FLAGRANTE* VS HOME INVIOABILITY
FUNDAMENTAL RIGHT: CONTROL OF PUNITIVE POWER
(IM)POSSIBILITY**

**ANDRESSA PAULA DE ANDRADE¹
ALEXIS ANDREUS GAMA²
LUIZ HENRIQUE PEREIRA SILVEIRA³
VALINE CASTALDELLI⁴**

RESUMO: Legislação ambígua somada à mentalidade excessivamente repressiva de parte dos operadores do direito são a fórmula principal para o mau uso das instituições do Direito Penal e do Direito Processual Penal, capazes de causar lesões arbitrárias a direitos humanos fundamentais que não seriam afetados sob um controle racional do poder punitivo. Visando a combater a crescente tendência punitivista e conformar o atual sistema penal com os ditames da Constituição Cidadã de 1988, este trabalho busca analisar a possibilidade de prisão em flagrante através da entrada não autorizada em domicílio fundamentada nas modalidades permanentes do crime de tráfico de drogas. Para isso, confronta doutrina e jurisprudência recentes e analisa as políticas públicas de combate ao narcotráfico sob uma ótica criminológica.

Palavras-chave: Delito permanente; inviolabilidade domiciliar; tráfico de drogas.

ABSTRACT: Ambiguous legislation added to jurists overly repressive mentality are the main formula for the misuse of the Criminal Law and Criminal Procedure Law institutions, capable of causing arbitrary injury to any fundamental human rights that would not be affected under rational control of punitive power. Aiming to oppose the growing punitivist trend and to conform the current penal system to the dictates of the 1988 Citizen Constitution, this study seeks to conduct an analysis of the possibility of *in flagrante* arrest by unauthorized home entry based on the continuing modalities of drug trafficking offense. For this, recent doctrine and law cases are confronted, and drug fighting policy is analyzed.

Keywords: Continuing offense; home inviolability; drug trafficking.

Sumário: Introdução - 1 A inviolabilidade domiciliar como direito fundamental: um direito (não) absoluto - 2 Breve viés criminológico: efeitos da política de drogas sobre a justiça penal - 3 Tráfico de drogas como delito permanente e a possibilidade de prisão em flagrante atemporal - 4 Posicionamento e enfrentamento da questão: limitação do poder punitivo - Conclusão - Referências

¹ Pós-graduação lato sensu em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Núcleo de Estudos Penais (NEP/UEM) e do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI/UEM) aadressaandrade@hotmail.com

² Pós-graduação lato sensu em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo. alexislp90@hotmail.com

³ Pós-graduação lato sensu em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. luizhenriquep.silveira@gmail.com

⁴ Pós-graduação lato sensu em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Assistente I de Juiz de Direito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. valine_cs@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce da inquietação da equipe que realizou a explanação a seguir. A intranquilidade exsurge ao se deparar com o recrudescimento do poder punitivo dirigido aos delitos açambarcados na Lei n. 11.343/2006, especialmente o previsto no artigo 33 do referido diploma legal.

Seguindo na linha do *desassossego*, a caracterização do delito de tráfico de drogas como delito permanente tem permitido a devassa em casa alheia justificada pelo fato de que tal figura delitiva enseja a prisão em flagrante a qualquer tempo.

Assim, passa-se a questionar o Direito Processual Penal para além de um instrumento de punição, visando que o mesmo se torne legítima barreira de contenção do discurso punitivo hodierno e, sobretudo, refletindo o pensamento da Constituição Federal de 1988.

Visando refletir sobre o assunto e munidos dos últimos entendimentos jurisprudenciais, toma-se o seguinte posicionamento adiante.

1 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM DIREITO (NÃO) ABSOLUTO

Após o período ditatorial em que o Brasil permaneceu por mais de vinte anos, com a abertura política para a democracia, muito se lutou para a garantia dos direitos humanos. Estabeleceu-se nova Assembleia Constituinte e dela resultou a Constituição Democrática de 1988, na qual se enumera, em rol não taxativo, diversos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos.

Nesse contexto, é direito fundamental a inviolabilidade do domicílio, assim insculpido na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...]

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

Desse modo, por casa se entende o espaço físico fechado que o indivíduo ocupa para exercer suas atividades de forma permanente ou habitual – seja para trabalho, ou lazer e descanso –, fixo na terra ou não (como barcos ou *trailers*), de

uso individual ou coletivo, inclusos o jardim, a garagem, e as partes externas contidas nas divisas da propriedade. Foge do conceito constitucional de domicílio somente a parte do local que for aberta ao público em geral, como o refeitório de um restaurante, hotel ou bar. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 355)

Nota-se, contudo, que o constituinte decidiu impor as restrições (ou limites) deste direito no próprio dispositivo a ele referente. Na doutrina constitucional se conformou o entendimento de que não há direito absoluto. Isto é, até mesmo a vida, que é considerado o maior dos direitos individuais, possui limitações, por exemplo, nas permissões legais de aborto e na legítima defesa (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 196). Com a inviolabilidade domiciliar, corolário do direito à privacidade,⁵ não seria diferente.

Destarte, o próprio dispositivo constitucional que estabelece o direito fundamental o restringe, e elenca os casos em que é permitida a entrada de outras pessoas em sua moradia sem sua autorização: flagrante delito, desastre, prestação de socorro e mandado judicial, neste caso, somente durante o dia.

Atente-se, assim, que à exceção da entrada na residência por mandado judicial, exige-se uma situação fática emergencial que permita a violação de tal direito, para a proteção de outro direito. No caso de flagrante delito, reflete-se

[...] uma contingência lógica, pois se a polícia persegue um criminoso sem perdê-lo de vista seria mesmo desaconselhável impedi-la de prendê-lo simplesmente porque se refugiou em sua própria casa ou na de outrem. A expressão “flagrante delito” traduz a prática atual de um fato criminoso. Assim, a invasão de uma casa é legítima se naquele exato momento estiver ocorrendo um delito em seu interior. A invasão também será constitucional se o crime houver sido praticado fora de sua casa, desde que o infrator nela se refugie devido ao cerco policial iniciado logo após o delito. Fundamental é que não se tenha havido interrupções na persecução, sob pena de se descaracterizar o estado de flagrância. (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 222-223)

É dizer, em caso de flagrante delito, somente há permissão constitucional de invasão ao domicílio quando há prévia perseguição do suspeito ou quando se sabe previamente, de forma lícita, da ocorrência de crime no interior da casa, sob pena de inconstitucionalidade da entrada na moradia.

⁵ Assim se entende porque a casa “configura o local onde o homem pode desenvolver em plenitude os seus direitos de privacidade.” (AGRA, 2002, p. 167)

Esclarecidas as características do direito à inviolabilidade domiciliar, passa-se a analisar os aspectos criminológicos, penais e processuais penais do crime de tráfico de drogas.

2 BREVE VIÉS CRIMINOLÓGICO: EFEITOS DA POLÍTICA DE DROGAS SOBRE A JUSTIÇA PENAL

Ao se analisar possíveis efeitos deletérios relacionados ao consumo e comercialização de drogas, há que se tentar distinguir se tais consequências têm por razão a natureza da droga *per se* ou, por outro lado, a política que se constrói em sua volta. Assim, são chamados de efeitos primários aqueles relacionados à própria substância, independentemente de serem lícitas ou não, como por exemplo, o risco de dependência e os prejuízos ao organismo do consumidor. Por outro lado, os efeitos secundários das drogas são causados pela criminalização, ou seja, são “custos sociais” gerados pela política que se propõe a tratar do problema. (BARATTA, 1993)

Não se pretende, por ora, adentrar nos efeitos primários dos entorpecentes (relacionados primordialmente às ciências da saúde, biológicas ou farmacêuticas), mas sim analisar brevemente os efeitos secundários das drogas sobre a justiça penal, causados pela própria política proibicionista e criminalizadora, consistentes principalmente na limitação de princípios penais e processuais penais e na ampliação de práticas policiais intervencionistas ou repressivas. (BARATTA, 1993)

A política de drogas está relacionada ao discurso de combate à “criminalidade organizada”, da qual o tráfico de entorpecentes seria um expoente. Para tal objetivo, equipa-se o sistema investigativo e persecutório de instrumentos tais quais a flexibilização dos princípios da proporcionalidade e presunção de inocência, e pela mitigação da inviolabilidade domiciliar, do direito de propriedade e do sigilo das comunicações pessoais. Ao mesmo passo em que se limitam direitos, incrementam-se as possibilidades de ataque pelo Estado. (HASSEMER, 1998, p. 25-26)

A polícia não somente é a principal responsável pelos casos de tráfico que chegam à justiça penal, como também é a principal fonte de informações sobre os fatos. Não raramente os policiais que atuam em prisões em flagrante ou cumprimento de mandados são as únicas testemunhas arroladas pelo Ministério Público para a instrução criminal. O Juiz, que não esteve presente à prisão ou à

apreensão dos entorpecentes, obtém a reprodução do ocorrido primordialmente pelos agentes. (RODRIGUES, 2006, p. 215-216)

Para tentar realizar sua tarefa não somente para o sistema judiciário, mas para toda a política de drogas, a polícia exerce suas atividades nos limites dos poderes que lhes são concedidos pela norma, além de constantemente pleitear a ampliação dos mesmos, levando à ampliação da vigilância e das intervenções repressivas (HULSMAN, 1987, p. 58-59). No entanto, fazer cessar o consumo e comércio de entorpecentes é missão impossível da forma que é hoje feita, de maneira que o controle policial causa impacto pequeno sobre o mercado ilegal de entorpecentes. A atividade policial acaba se tornando seletiva, portanto, direcionando as investigações e prisões conforme interesses institucionais ou, ainda pior, sujeitos à corrupção. (RODRIGUES, 2006, p. 213)

Em sede de conclusão, é mister apontar que a criminalização do comércio e consumo de determinadas substâncias entorpecentes (v.g. maconha, cocaína) ao invés de outras (v.g. álcool, tabaco) é desprovida de embasamento ontológico, isto é, dados relativos à natureza ínsita dos fatos (denominador comum) que tornem inexorável a tipificação. Dessa forma, apenas a norma é capaz de responder quando o comércio de droga torna o indivíduo empresário e quando o torna criminoso.

A chamada “política de drogas”, conforme aponta Alessandro Baratta, trata-se de um sistema social fechado que tem por característica sua autorreprodução material e ideológica, ou seja, o discurso oficial produz por si só a realidade que se propõe a prevenir ou combater. A alegada violência e ameaça social causada pelas drogas é efeito secundário causado pelo proibicionismo, pela “guerra às drogas”. Dessa maneira, a criminalização de entorpecentes cria não somente o delito, mas também o delinquente. (BARATTA, 1993)

Com a base politicossocial sucintamente exposta, passa-se à análise normativa.

3 TRÁFICO DE DROGAS COMO DELITO PERMANENTE E A POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM FLAGRANTE ATEMPORAL

A doutrina classifica os delitos, quanto à consumação, em instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes. A primeira espécie engloba os crimes cuja consumação ocorre em instante único (v.g. lesão corporal, ameaça).

Crimes permanentes, por sua vez, são aqueles cuja consumação se protraí no tempo, perdurando enquanto o agente mantiver sua conduta (cárcere privado, rufianismo). Por fim, instantâneos de efeitos permanentes são os delitos que, apesar da consumação ocorre em um único momento, seus resultados têm duração indefinida (homicídio, furto). (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 214-215)

O tipo penal de tráfico ilícito de entorpecentes constante do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, com sua profusão de condutas descritas, prevê modalidades delitivas instantâneas e permanentes. Instantâneos são, por exemplo, as formas de “importar”, “exportar”, “fabricar” e “vender”. Por outro lado, as condutas de “expor à venda”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar” caracterizam espécies permanentes do tipo penal (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas, 2010, p. 358). Nesse sentido:

O crime de tráfico na modalidade ‘guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio’ é permanente. O crime permanente pode ser constituído por um único comportamento (aquele que o realiza), revelando-se, numa primeira visada, de estrutura unitária. A lesão contra o bem jurídico tutelado é única e o fato perdura. A conduta ofensiva se protraí no tempo, sendo que a consumação somente cessa (o crime é exaurido) no momento em que termina o comportamento anti-jurídico (ação ou omissão ou ação e omissão) através da vontade do agente ou por outro motivo qualquer. Há duração do fato, que – como já dito - protraí-se no tempo, com permanência do estado anti-jurídico, fazendo que com o dano perdure sem interrupção, e por conseguinte, o crime também perdura. O crime permanente atua sobre um bem jurídico susceptível de ‘compressão’, não de ‘destruição’. (AMARAL, 2013)

Por fim, tais condutas de “expor à venda (apresentar, colocar à mostra para alienação)”, “ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar ao outro), trazer consigo (transportar junto ao corpo) e guardar (tomar conta de algo, proteger)”, dificultam a configuração da forma tentada do delito, pois que, por exemplo, o indivíduo que não consegue vender a droga em seu poder por circunstâncias alheias à sua vontade, ainda assim pode ter consumado o tipo na forma de “ter em depósito” ou “expor à venda”. (NUCCI, 2010, p. 357-359)

A prisão em flagrante é a forma mais evidente da materialidade e autoria do delito. Diante de explícita evidência probatória é que se justifica a custódia do flagrado.

Para Aury Lopes Júnior a prisão em flagrante se justifica por se tratar de medida aplicada em casos excepcionais e urgentes (por isso o rol taxativo do art. 302 do Código de Processo Penal), nos quais o *fumus comissi delicti* é manifesto,

contudo, é medida pré-cautelara⁶ devendo ser submetida ao Poder Judiciário. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 804-805)

Nesse sentido, as lições de Vicente Greco Filho:

O flagrante delito é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial. Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática e a captação, também imediata, da prova. (GRECO FILHO, 2012, p. 299)

Quando se fala em delitos permanentes, cuja ação se protraí no tempo, tem-se que enquanto não cessar a permanência poderá ocorrer a prisão em flagrante delito – nesse sentido as disposições do art. 303 do Código de Processo Penal. Isso porque, durante a permanência do delito considera-se que o agente está cometendo a infração.⁷

Destarte, quando se fala em busca e apreensão domiciliar, partindo-se do ponto de que o agente sempre se encontra em estado de consumação, a autoridade policial poderá proceder às buscas, a qualquer momento do dia, prescindindo de mandado judicial.

O art. 5º da Carta Magna dispõe:

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;
LXI - 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.

A par disso, acontecendo crime de caráter permanente no interior de um domicílio, será atendido o requisito constitucional, admitindo-se o ingresso na residência para a realização da prisão.⁸

De outro norte, pondera André Luiz Nicolitt que para o ingresso em domicílio

⁶ Para André Luiz Nicolitt “[...] a prisão em flagrante não é propriamente uma prisão cautelar e sim, pré-cautelara, pois não se dirige a preservar o resultado final do processo, visando tão somente à colocação do preso à disposição do juiz para que este adote ou não uma medida cautelar, ou seja, converta o flagrante em prisão cautelar”. (NICOLITT, 2010, p. 438)

⁷ Lecionam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer que “Nos crimes permanentes, a ação delituosa *permanece* no tempo, de modo que a consumação do tipo não cessa com a realização do comportamento ali previsto.” (PACELLI; FISCHER, 2013, p. 615)

⁸ Conforme salienta Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar “Em havendo *dolo*, resta a caracterização do crime de abuso de autoridade (art. 3º, “b”, da Lei nº 4.898/1965).” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 538)

sem mandado judicial deve haver uma visibilidade material do crime, o que seria a situação de flagrante delito. Em caso negativo, não se vislumbra a situação flagrancial, havendo, assim, violação de domicílio, e conseqüentemente as apreensões são provas obtidas por meio ilícito. (NICOLITT, 2010, p. 441)

4 POSICIONAMENTO E ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO: LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Esclarecido que o delito de tráfico de drogas é considerado *delito permanente*⁹ e, delineada as circunstâncias constitucionais que possibilitam a violação domiciliar, passa-se a tomada de posição no presente trabalho.

Vale lembrar que em casos em que a legislação permitia, antes de 1988, o ingresso em residência alheia, mesmo contra a vontade do morador, independentemente de autorização judicial, não mais subsistem. Ante a isso, imperiosa se mostra a necessidade de diligências administrativas prévias que suponham o ingresso na residência de alguém somente legítimas se o morador consentir na conduta do agente administrativo ou se este estiver munido de autorização judicial. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 381)

Pertinente ao caso, a justificação para ingresso em habitação alheia deve ser precedida de uma situação fática emergencial que consubstancie a situação de flagrante delito. Assim, não se confunde a invasão arbitrária da residência seguida do encontro casual de algo ilícito, ao argumento de que se trata de infração penal permanente.

Não compreender dessa maneira, configura-se verdadeira ofensa à Constituição Federal, legitimando atuações arbitrárias sob o respaldo dogmático de que o delito permanente – aquele que se protraí no tempo – sempre autorizará o ingresso desprovido de prévia autorização judicial.

Além da violação ao dispositivo constitucional supramencionado, vale citar, também, a violação ao artigo 17, “1” do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que veda as ingerências arbitrárias no domicílio.¹⁰ Ainda, revela flagrante desrespeito ao artigo 11, “2” da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹

⁹ “Permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro).” (BITENCOURT, 1997, p. 35)

¹⁰ Artigo 17, inciso “1” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou

O entendimento jurisprudencial¹² dominante – até o momento – é de que o delito de tráfico é de natureza *permanente* e tal fator autorizaria à mitigação do direito fundamental atinente a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI, CF/88). Todavia, emerge no cenário jurídico atual a dúvida se o delito permanente autorizaria por si só a entrada compulsiva no domicílio alheio.

Neste sentido o acórdão na Apelação Criminal n. 0020153-57.2006.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que a 7ª Câmara Criminal do Tribunal do Estado de São Paulo julgou um caso em que uma moradora teve sua casa devassada em virtude de suspeitas de comércio ilícito de drogas:

Ademais, há que se considerar que os relatos policiais revelam a ilegalidade da busca domiciliar conduzida na madrugada, sem qualquer respaldo legal, que importou em violação de norma constitucional e processual, quais sejam:

(I) "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" (Constituição Federal, art. 5º, inciso XI);

(II) "quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição demandado" (Código de Processo Penal, art. 241).

E não há que se falar que no crime permanente dispensa-se o mandado judicial de busca domiciliar, pois a ilicitude aqui antecede a apreensão da droga e está consubstanciada no ingresso dos policiais em casa alheia [...]. (TJ/SP, 2011)

No mesmo sentido o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 990.09.332009-6, da Comarca de Araraquara, proferido pela 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

E da estrita particularidade do caso dos autos, não se encontra a ação policial respaldada na exceção permissiva constitucional de ingresso em domicílio, no período noturno, pelos agentes do Estado, consistente na ocorrência de flagrante - permanente ao delito como capitulado - já que viciada de ilegalidade em sua origem. Não há nos autos policiais, como bem frisou o d. Juízo, informações robustas, de fonte idônea, acerca da prática do ilícito no local. E tal ação, ainda que independente fosse da campana, se deu mediante conduta arbitrária, entendendo-se a arbitrariedade em seu conceito gramatical, como avesso à lei, já que os agentes, respaldados

em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação". Referendado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992

¹¹ Artigo 11, "2" da Convenção Americana de Direitos Humanos: "2. 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".

¹² Como exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.772, Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília-DF, 19 de outubro de 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 273.141, Relatora: Min. Laurita Vaz, Brasília-DF, 22 de outubro de 2010.

apenas na afirmação de que "receberam notícia anônima do crime" invadiram a residência em período noturno. Também é arbitrária a conduta no sentido jurídico, uma vez poder o agente público, no caso o servidor público policial, pelo ato da prisão, agir apenas de modo discricionário, sempre obedecendo os limites legais. Não fizeram. Foram ao local e invadiram a residência da vítima, não constando nos autos policiais a descrição da maneira com que tiveram acesso ao interior da residência. Não se tratava de perseguição, tampouco foi a ação calcada em fidedigna notícia de prática ilícita. Além disso, como sabido, incumbe às autoridades policiais investigar fatos – não pessoas. Inadmitida, assim, a invasão de domicílio para a devassa dos bens e revista dos moradores, sem precedente justa causa ao ato. (TJ/SP, 2010)

Exposta a jurisprudência pioneira¹³ que começa a notar os efeitos deletérios do tráfico como delito permanente e conseqüentemente o solapamento do direito fundamental a inviolabilidade domiciliar, emerge outra questão: qual a consequência da obtenção da prova obtida mediante a entrada arbitrária no domicílio?

Há que se questionar se pelo simples fato do tráfico de drogas ser delito de natureza permanente autorizará a flexibilização do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar. Imperioso que se dose a medida com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Paradigmas implícitos na Constituição Federal e necessários ao *decisum*.

Que ocorre é que em muitas situações verifica-se que o Processo Penal não recebeu a Constituição Federal de 1988 como norma superior e sustentadora do sistema que permeia a investigação, a produção de provas e as decisões processuais. Explica-se: o Código de Processo Penal datado de 1941 pode se chocar em diversos momentos com a *norma mater* promulgada em 1988. Neste sentido, a prisão e os demais atos processuais não são condicionados a cálculos matemáticos ou interpretações positivistas ortodoxos.

A Constituição Federal, requer, sobretudo, um sistema interpretativo que orbite entre os direitos fundamentais do acusado. Há, desta maneira, uma barganha a uma rede garantias em nome de um "eficientismo penal", a saber, não importa os meios, mas sim os resultados em que a relação jurídico-processual redundará. Sem essa cautela há uma verdadeira "autofagia" do sistema processual penal. Explica-se, se o Estado avoca para si o direito de punir os seus signatários, convergindo para um *jus puniendi* absoluto, a não obediência as suas próprias regras – v.g. as garantias processuais e constitucionais – é uma denúncia contra seu próprio poder,

¹³ Ainda, no mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº. 70052534104, Relator: Jayme Weingartner Neto, Porto Alegre-RS, 17 de abril de 2014.

pois, o *contrato social* – baseado em uma ficção, óbvio – ao tornar o Estado a parte competente para punir, não oferece uma contrapartida, qual seja, punir de maneira “justa”.

Sem embargo, reconhece-se que não é de fácil solução entre o direito fundamental a inviolabilidade domiciliar e a questão da permanência no delito de tráfico de drogas. A partir disso, é necessário trazer ao conhecimento o acórdão proferido na Apelação Criminal n. 0189866-10.2009.8.19.0001 (2009.050.07372), TJ/RJ, de lavra de Geraldo Prado. Consta do voto:

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consuma. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, "encontrasse" à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado. (TJ/RJ, 2009)

É importante ressaltar que em meio a uma declarada “guerra às drogas”, o Brasil chama para si uma atuação importante ao buscar eliminar a figura do “inimigo” corporificado no traficante. No entanto, cumpre ao jurista analisar que o Direito e sobretudo o sistema criminal está a serviço da contenda e o *locus* de maior expansão bélica acaba ocorrendo no âmago do Processo Penal. O que chama a atenção é que o discurso ideológico do proibicionismo trabalha com a lógica da exceção, não importando o sistema constitucional criado para o processo penal, mas o resultado final de prisão, eliminação e banalização do sujeito passivo da relação jurídico-processual, mesmo que isso signifique retornar ao primitivismo inquisitório.

Corolário da entrada arbitrária será a ilicitude da prova. A reforma realizada pela Lei n. 11.609/2008 traduziu a norma constitucional – Artigo 5º, inciso LVI, CF/88 - para o Código de Processo Penal em seu artigo 157. Trata-se de verdadeira constitucionalização do processo penal, onde a consequência jurídica para a obtenção de prova ilícita e aquelas obtidas por derivação será o seu desentranhamento conforme o § 1º do aludido dispositivo. Obviamente, caberá ao magistrado a avaliação se a prova da mercancia de drogas poderia ser obtida por

uma fonte independente – conforme artigo 157, § 2º, CPP (*independent source doctrine*).

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal compõe-se de dois fundamentos, a saber, um de natureza processual penal e outro com fundamento extra-penal. No primeiro caso, a prova compromete a veracidade dos fatos e influi diretamente nas decisões. No segundo caso há uma matiz política vedando a admissibilidade da prova, eis que maculará outro bem jurídico. Assim, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não significa que a verdade transmitida pela prova é falsa. Ainda que verídicos os fatos angariados pelo meio de prova, esse não será admitido pelo viés político e teleológico: o sacrifício da verdade no processo para alinhar o sistema processual penal aos direitos fundamentais. (ÁVILA, 2006)

Observando-se que as provas do delito de tráfico de drogas foram obtidas por meio de invasão domiciliar quando possíveis, adequadas e razoáveis diligências prévias a motivar o ato de busca e apreensão domiciliar, não subsistirá a *justa causa*¹⁴ para a persecução penal e, uma vez proposta a exordial acusatória, a medida será a rejeição da peça vestibular com fundamento no artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

Passada a breve exposição do tema – o qual, diga-se de passagem, permite uma maior e ulterior investigação – tem-se que o posicionamento dominante é de que o delito de tráfico de drogas é de natureza permanente e a consequência lógica é de que a prisão em flagrante se dá a qualquer tempo, espaço e circunstâncias.

Porém, os julgados apresentados no item 3 passam a se convencer de que a premissa alhures dita nem sempre se mostra como verdade absoluta, ensejando a produção de um pensamento paralelo e mais “*constitucionalizado*” sobre a

¹⁴ “[...] a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio dos órgãos da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação do *opinio delicti* [...]” (PACELLI, 2012, p. 112)

investigação dos delitos que tenham como objeto o tráfico de drogas, consideradas ainda as controversas consequências das políticas criminais hoje adotadas.

Os efeitos da medida desarrazoada, a saber, a entrada arbitrária no domicílio com vias a apuração de uma possível traficância é simples: ilicitude das provas. O sacrifício das provas angariadas é necessário para que o processo penal – diploma datado de 1941 – sofra o influxo e novos ares lançados pelo pensamento constitucional de 1988.

Outrossim, alertou-se quanto a autofagia do próprio Estado ao barganhar garantias penais-constitucionais em nome de um eficientismo alijado do garantismo. Neste sentido, em nome de uma *guerra às drogas* e eliminação do inimigo (traficante), há o risco da lógica da exceção, onde não importa qualquer norma previamente fixada, mas o resultado da punição exemplar.

De fato é muito cedo para se dizer que a tomada de posição no presente ensaio vá se tornar definitiva. Todavia, é necessário ousar e divergir da voz dominante que se olvida a pensar o sistema processual penal sob a ótica constitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente**. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/162-inviolabilidade-do-domicilio-e-flagrante-de-crime-permanente-por-claudio-amaral>>. Acesso em: 06 de jun. de 2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito**. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1993/07/7_introduccion_a_una_sociologia_de_la_droga.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de abril de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 273.141, Relatora: Min. Laurita Vaz, Brasília-DF, 22 de outubro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1275704&sReg=201302112917&sData=20131105&formato=PDF>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 84.772, Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília-DF, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79654>>. Acesso em: 11 de jun. de 2014.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HASSEMER, Winfried. Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 6, n. 23, jul./set. 1998.

HULSMAN, Louk. La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión. **Revista Nuevo Foro Penal**. Bogotá, n. 35, año IX, enero-marzo 1987.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO; Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal n. 0189866-10.2009.8.19.0001** (2009.050.07372). Relator: Geraldo Prado, Rio de Janeiro-RJ, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003C73A426A7E774F231D9DCCE02811A62998C40233194B>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70052534104**, Relator: Jayme Weingartner Neto, Porto Alegre-RS, 17 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70052534104&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Acac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal n. 0020153-57.2006.8.26.0224**, Relator: Min. Francisco Menin, São Paulo-SP, 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4957894&cdForo=0>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso em Sentido Estrito n. 990.09.332009-6**, Relator: Newton Neves, São Paulo-SP, 04 de maio de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4475638&cdForo=0>>. Acesso em: 11 de jun. 2014.

Artigo recebido em: Fevereiro/2015
Aceito em: Maio/2015