



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO NOS
CASOS DE FLAGRANTE DELITO DOS CRIMES DA LEI DE DROGAS

Daniella Gonçalves Batista

Rio de Janeiro
2024

DANIELLA GONÇALVES BATISTA

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NOS
CASOS DE FLAGRANTE DELITO DOS CRIMES DA LEI DE DROGAS

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2024

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO NOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO DOS CRIMES DA LEI DE DROGAS

Daniella Gonçalves Batista

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Advogada.

Resumo – A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 protege o domicílio como asilo inviolável e prevê as hipóteses em que é relativizado a garantia constitucional prevista no art. 5, inciso XI, com destaque o flagrante delito. A Lei nº 11.343/2006 que dispõe sobre a Lei de Drogas, possui o artigo 33 que tipifica o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e possui discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do crime como permanente. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias na jurisprudência quanto a possibilidade da violação de domicílio em casos de flagrante delito nos crimes de tráfico de drogas. No presente trabalho, visa-se à análise desses posicionamentos divergentes, com a finalidade de demonstrar os reflexos que podem ocasionar na persecução penal, mas também a manter resguardados os fundamentos legais e constitucionais do Direito Processual Penal.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Provas. Lei nº 11.343/2006.

Sumário – Introdução. 1. A proteção constitucional do domicílio e a exceção em casos de flagrante delito. 2. A classificação dos crimes praticados na Lei 11.343/2006 e a violação de domicílio com base nos critérios estipulados pelos Tribunais Superiores. 3. As consequências atuais da não adoção de critérios objetivos que autorizem a violação de domicílio em casos de flagrante delito nos crimes de tráfico de drogas e os seus reflexos no processo penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a proteção constitucional do domicílio e a exceção prevista em casos de flagrante delito dentro do contexto dos crimes praticados pela Lei de Drogas. Procura-se demonstrar as consequências práticas da violação do domicílio e seus efeitos negativos na persecução penal.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é legítima a violação do domicílio nos casos de flagrante delito no contexto da lei de drogas, a luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A Constituição Federal de 1988 afirma que o domicílio é um direito fundamental, no qual compreende a casa como asilo inviolável. Porém, existem algumas exceções em que é permitida a violação deste direito, entre elas, em caso de flagrante delito. Portanto, apesar do domicílio ser um direito fundamental, ele não é absoluto. Existe uma importante discussão que diz respeito aos casos de flagrante delito na Lei de Drogas, considerando que os crimes da lei de drogas são crimes classificados como permanentes. Nesse sentido, é frequente a ocorrência da violação de domicílio em casos de tráfico de drogas com a justificativa de existir o flagrante delito.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a relação jurídica entre o interesse do Estado em coibir as práticas criminosas e em contrapartida, analisar até que ponto a busca pela verdade real no processo penal deve prevalecer diante de direitos fundamentais que estão sendo violados, tais como a intimidade e a privacidade.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de domicílio e compreender os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores das “fundadas razões” quando autorizam a violação de domicílio nos casos de tráfico de drogas. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para destacar que o critério adotado pelos Tribunais Superiores é um critério subjetivo, o que gera insegurança jurídica, pois é necessária uma análise casuística para que seja averiguado se houve arbitrariedade na violação do domicílio ou se foi uma medida necessária e proporcional ao caso.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito de domicílio previsto na legislação e na doutrina e a proteção constitucional dada e suas exceções. No segundo capítulo, será analisada a classificação dos crimes praticados na Lei 11.343/2006 e a violação de domicílio com base nos critérios estipulados pelos Tribunais Superiores, diante da falta de previsão legal da violação do domicílio em crimes permanentes. O terceiro capítulo aborda as consequências atuais da não adoção de critérios objetivos que autorizem a violação de domicílio em casos de flagrante delito nos crimes de tráfico de drogas e os seus reflexos no processo penal.

A pesquisa tem como proposta utilizar do método hipotético-dedutivo, visto que a pesquisadora identificou que o tema em foco não está pacificado e, assim, através de proposições hipotéticas visa a apresentar as controvérsias e trazer as hipóteses que se amoldam ao problema apresentado.

Para tanto, aplicar-se-á à presente pesquisa a abordagem qualitativa, visto que o trabalho se desenvolverá a partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, permitindo que a pesquisa esteja atenta aos fundamentos das decisões que os tribunais têm prolatado.

1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DOMICÍLIO E A EXCEÇÃO EM CASOS DE FLAGRANTE DELITO

A Constituição Federal de 1988 veio garantir diversos direitos fundamentais em várias áreas, sendo previsto no artigo 5, inciso XI da CRFB/88¹ a inviolabilidade do domicílio. Porém, em nossa Constituição não é explicado o que é considerado domicílio, sendo necessário pesquisar nas obras doutrinárias para entender o que está abarcado pela proteção constitucional.

Dentro da natureza jurídica constitucional, Alexandre de Moraes em sua obra, destaca que o domicílio é:

No sentido constitucional, o termo domicílio tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente a residência, ou ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento. Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço, preserva-se, mediamente, a vida privada do sujeito.²

O conceito de domicílio também tem previsão legal nas normas infraconstitucionais, nos artigos 70, 71 e 72 do Código Civil³ e no §4º, artigo 150 do Código Penal⁴.

O STF já definiu que o conceito de casa é abrangente no julgamento do HC 82.788/RJ:

[...]Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes” (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)⁵

Nesse sentido, verifica-se que no Brasil, existe uma proteção ao domicílio de forma abrangente, no qual busca proteger diversos tipos de domicílio e não apenas o domicílio residencial; e aqui enquadra-se diversos tipos de conceito de casa, como também o domicílio comercial.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set.2023.

² MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) **Habeas Corpus 82.788/RJ**. “Habeas Corpus” – pretendido trancamento de ação penal com base na suposta existência de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de abril de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3738038>. Acesso em: 22 nov. 2023.

Sendo a proteção ao domicílio a regra, existem as exceções previstas no próprio artigo 5, inciso XI da Constituição Federal de 1988, no qual é relativizada a proteção constitucional nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.⁶ Portanto, apesar do domicílio ser um direito fundamental, ele não é absoluto, pois existe a relativização de tal direito.

Portanto, em condições normais, só é permitida a entrada em domicílio sem o consentimento do morador nas hipóteses previstas no artigo 5, inciso XI da CRFB/88⁷, que são as exceções da inviolabilidade do domicílio, sendo situações que são consideradas extraordinárias.

De todas as exceções mencionadas acima, a que causa tensão jurídica é em relação ao caso de flagrante delito. Mas, o que seria o flagrante delito?

A palavra flagrante vem do latim (“*flagrans*”) o que significa dizer que algo está em chamas, queimando. O flagrante delito é compreendido juridicamente quando alguém está no verbo presente cometendo o crime/contravenção penal ou acabou de cometê-lo. Ou seja, em sentido figurado, o flagrante é o crime que queima, que ainda acontece ou acabou de acontecer.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 302, incisos I, II, III, IV considera em flagrante delito quem:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.⁸

Tradicionalmente o flagrante em delito é classificado em quatro tipos de flagrante: flagrante próprio (real, perfeito ou verdadeiro), flagrante impróprio (irreal, imperfeito ou quase flagrante), flagrante presumido e flagrante forjado (armado).

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

⁷ *Ibidem*

⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

O flagrante próprio, também chamado de real, perfeito ou verdadeiro é o flagrante previsto no artigo 302, incisos I e II do Código de Processo Penal⁹, ocorre quando o agente está cometendo o delito criminoso ou acaba de cometê-lo.

O flagrante impróprio, também conhecido como irreal; imperfeito ou “quase flagrante”, é o previsto no artigo 302, inciso III, CPP¹⁰, ele é chamado de impróprio pois, ele acontece quando - é perseguido, logo após a ocorrência do fato criminoso, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e desde que esta perseguição seja ininterrupta, sem intervalos.

Paulo Rangel¹¹ em sua obra, entende que o logo após deve ser “*um lapso de tempo entre duas ou três horas, pois do contrário, a perseguição não seria logo em seguida*”.

O flagrante presumido ele está previsto no artigo 302, inciso IV, Código de Processo Penal¹², e se entende como presumido quando o indivíduo é localizado após a ocorrência do fato criminoso, portando arma ou qualquer outro objeto utilizado para empreitada criminosa que possa ser presumido que foi utilizado para prática daquele ato.

Paulo Rangel¹³ faz a distinção entre o flagrante próprio e as demais espécies de flagrante, que seria o momento da ocorrência do fato:

A diferença que deve ser, desde já, percebida pelo intérprete é que, no caso do inciso I do art. 302, o delito (crime ou contravenção) é atual, presente, é visível, ou seja, está sendo praticado. A chama está acesa, queimando. Entretanto, nas outras três hipóteses (incisos II, III e IV) o delito é passado, já ocorreu, não é mais visível, não havendo a mais a certeza visual do crime. Portanto, percebe-se que a chama, no inciso II, começou a se apagar, até chegarmos às cinzas no inciso IV. Nessa última hipótese, há apenas a fumaça deixada pelo atuar do autor do fato, que, ligada à situação fática, faz presumir ser ele o autor da infração. [...]

Existe também o flagrante forjado, este é considerado o flagrante ilegal. Ele também é conhecido como flagrante preparado; esperado, pois na verdade, não há um flagrante ocorrendo. É forjada uma situação para incriminar uma pessoa inocente, o que torna este flagrante ilegal. Inclusive, nos casos de flagrante preparado, o Supremo Tribunal Federal já editou a súmula n. 145 no qual compreende-se que o flagrante preparado é considerado crime

⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 12 dez.2023

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 704.

¹² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 12 dez.2023.

¹³ RANGEL, ref. nota 11.

impossível, "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".¹⁴

Diante de todas as classificações expostas do que é considerado flagrante delito, exceto o flagrante forjado, os demais estão inseridos na exceção da Constituição Federal autorizando a inviolabilidade do domicílio.

2. A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS NA LEI 11.343/2006 E A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO COM BASE NOS CRITÉRIOS ESTIPULADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Lei 11.343/2006 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, sendo a lei que atualmente tipifica os crimes envolvendo drogas. O tráfico de drogas é previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006¹⁵ sendo classificado pela doutrina como um crime de tipo misto-alternativo ou ação múltipla, por existir diversos verbos na descrição do tipo. Na análise da conduta típica, é possível a prática do tráfico de drogas de diferentes formas, o que influenciará na classificação do crime em instantâneo e crime permanente.

No caso de crime permanente, quando presente as condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, o crime é considerado permanente. Já no caso de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, será considerado crime instantâneo. Nesse sentido, é possível existir a prisão em flagrante em crime permanente no caso de tráfico de drogas?

O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 302¹⁶, a existência do flagrante nos crimes permanentes, que são os crimes em que a situação de flagrância se protraí no tempo.

Assim sendo, nos crimes permanentes, o crime começa com a consumação e estará em curso enquanto não for atingido o exaurimento. Logo, o agente estará em flagrante delito desde

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003] Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 12 dez. 2023.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 19 mar.2024.

¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 dez.2023.

o início da sua conduta até o término dela, enquanto não cessar a permanência, conforme previsto no artigo 303, CPP.¹⁷

Na prática, nos casos em que é localizada a droga dentro do domicílio, pode ser realizada a prisão em flagrante do sujeito, tendo em vista que está enquadrado no verbo guardar? Ou é necessário o mandado judicial para que seja apreendida a droga para que não seja considerada uma prova ilícita na persecução penal?

O STF no julgamento do RE 603.616 entendeu que o crime de tráfico de drogas se enquadra como crime permanente e segue a mesma lógica do flagrante delito. O trecho do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes esclarece que:

[...]Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Nesse intervalo, o crime está em curso. Assim, se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio. Assim, por exemplo, no crime de tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/06 –, estando a droga depositada em uma determinada casa, o morador está em situação de flagrante delito, sendo passível de prisão em flagrante. Um policial poderia ingressar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão. [...].¹⁸

Nesse mesmo julgado (RE 603.616) que discutia a análise da entrada forçada em domicílio sem mandado judicial em caso de flagrante delito, fixou a tese em tema de repercussão geral, Tema 280, em que considerou legítima a entrada em domicílio sem autorização, quando amparada em fundadas razões.

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.¹⁹

E a razão desta ação ser legítima, é porque busca fazer cessar a ação criminosa, sendo esta a razão em que há a previsão expressa na Constituição Federal do flagrante delito como exceção a inviolabilidade do domicílio.

¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 dez.2023.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de junho de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 12 dez.2023

¹⁹ BRASIL, ref., nota 18.

Porém, é necessária a realização do controle judicial posterior sobre a ação perpetrada, sob pena de esvaziar um direito fundamental constitucionalmente previsto, pois uma entrada forçada em domicílio sem justificativas, é considerada arbitrária.

O ministro Gilmar Mendes, Relator do RE 603.616/RO²⁰, justifica a importância do controle judicial “*a posteriori*” como forma de garantir o contraditório; a defesa, bem como é uma forma do juiz validar se as “fundadas razões” realmente existiram antes da tomada da decisão de ingresso no domicílio:

[...] O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. [...] ²¹

O que também busca trazer segurança jurídica para evitar que os agentes de segurança que tenham realizado a busca, não respondam pelo crime de violação de domicílio previsto no artigo 150, CP ²² em casos de não obter sucesso no resultado da diligência, que no caso, seria o flagrante ou corram o risco de responder sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal, bem como não seja considerado nulo todos os atos praticados, interferindo negativamente na persecução penal com as provas ilícitas, o que será analisado nos capítulos seguintes.

Nesse sentido, a problemática gira em torno da busca pelo equilíbrio entre não violar a intimidade daquele morador com a suspeita de um crime que esteja acontecendo naquele local, mas também para que não seja restringida a atuação policial em busca do interesse público em evitar ou cessar aquela atividade criminosa que esteja ocorrendo.

O problema ocorre quando a polícia entra naquele local considerado domicílio e não encontra o crime ocorrendo naquele local, o que não torna a diligência bem-sucedida.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de junho de 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 12 dez.2023

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de junho de 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 12 dez.2023.

²²BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 12 dez.2023.

Nesse cenário que a violação do domicílio já ocorreu, como fica a intimidade e a privacidade daquela pessoa que teve o seu direito violado em prol do interesse público que no final, não foi atingido?

Em 2020 no julgamento da ADPF 635²³, o Ministro Edson Fachin (Relator) determinou em decisão liminar, a suspensão das operações policiais na cidade do Rio de Janeiro, na época da pandemia do COVID-19 considerando que os moradores permaneciam mais tempo em casa buscando garantir a inviolabilidade do domicílio dos moradores que residem em comunidades.

No cenário da jurisprudência atual, diante de tantas divergências em relação ao critério a ser adotado para validar ou não a invasão de domicílio, inclusive nos casos de tráfico de drogas, é necessária a análise casuística.

Importante mencionar que, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2021 decidiu no HC 598.051/SP que o consentimento do morador para ingresso de policiais em sua residência deve ser devidamente gravado por meio de audiovisual, em casos em que não houver o mandado judicial.²⁴

O julgado acima foi reafirmado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 616.584/RS, no qual foi decidido que nos casos envolvendo tráfico de drogas, não é autorizado por si só, a entrada em domicílio sem mandado judicial, sendo autorizado apenas em situação de urgência, em que a espera pela obtenção do mandado obstaría a prova do crime, por exemplo, ocorreria a destruição da própria droga até a chegada dos policiais.²⁵

Nos critérios adotados neste julgado pelo STJ restou decidido que era necessário consentimento do morador para validar o ingresso policial na residência e este consentimento

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 635 Rio De Janeiro**. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em 12 dez.2023

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma) **HABEAS CORPUS 598.051/SP**. Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 02 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 12 dez.2023.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HABEAS CORPUS 616.584/RS**. Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins [...]. Relator:Min. Ribeiro Dantas, 30 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2036856&num_registro=202002574560&data=20210406&formato=PDF. Acesso em: 13 fev.2024.

poderia ser comprovado com autorização expressa e assinada, na presença de testemunhas, caso houvesse no momento e sendo toda a operação gravada por meio de audiovisual.²⁶

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração na medida cautelar na ADPF 635 em 03/02/2022 determinou a colocação de câmeras de segurança nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança pública.²⁷

3. AS CONSEQUÊNCIAS ATUAIS DA NÃO ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS QUE AUTORIZEM A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM CASOS DE FLAGRANTE DELITO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E OS SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

Dados do ISP-RJ 2021 – Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁸ consta que houve uma diminuição das prisões em flagrantes no de 2020 causada pelas restrições de mobilidade impostas como medidas de enfrentamento a pandemia, conforme a informação em dados abaixo:

A série histórica de prisões em flagrante mostrou uma tendência de estabilidade a partir de 2013. O ano de 2020 registrou uma redução no número de prisões causada pelas restrições de mobilidade impostas como medida de enfrentamento a pandemia. Já em 2021, esse número cresceu, apresentando 33.619 (7,9%) registros.

Por outro lado, conforme narrado pelo delegado de polícia Fabrício de Oliveira, coordenador da Coordenadoria de Recursos Especiais do RJ em entrevista ao programa do Fantástico em março de 2023 foi trazida a dificuldade da polícia nas comunidades do Rio de Janeiro, diante do avanço do tráfico nos últimos anos, “Nos últimos três anos, as barricadas se multiplicaram no Rio de Janeiro e a gente tem percebido cada vez mais algumas barricadas que são verdadeiras obras de engenharia, feitas com vigas de aço de construção civil [...]”²⁹.

É o que também é apresentado no Relatório do CNJ sobre a ADPF 635, no qual foi relatada as seguintes consequências práticas após a decisão da referida ADPF:

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HABEAS CORPUS 616.584/RS**. Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 30 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2036856&num_registro=202002574560&data=20210406&formato=PDF. Acesso em: 13 fev.2024.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 635 Rio De Janeiro**. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em 12 dez.2023

²⁸ ISP-RJ. **Segurança em números**. Disponível em: https://arquivo.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/SN2021_rev.html#pris%C3%B5es-em-flagrante. Acesso em: 19 nov.2023.

²⁹ GLOBO. **Verdadeiras obras de engenharia’, diz delegado sobre barricadas montadas pelo tráfico no RJ**. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/03/06/verdadeiras-obras-de-engenharia-diz-delegadosobre-barricadas-montadas-pelo-trafico-em-comunidades-do-rj.ghml>. Acesso em: 19 nov. 2023.

reporta-se que, após o advento da ADPF nº 635, houve substancial aumento do domínio territorial pelas organizações criminosas, que atualmente se apresenta sob a forma de “narco-milícias”; a chegada de serviços públicos em áreas dominadas se tornou excepcional. A utilização de barricadas dificulta ou impede a sua prestação.³⁰

Nesse cenário, verifica-se que existe o avanço da criminalidade na proporção em que há a diminuição da atuação policial, o que também deixa a população mais vulnerável, gerando uma insegurança maior na sociedade.

O relatório do CNJ GT-ADPF 635 nas considerações finais, também não concluiu quais são os critérios objetivos que autorizam a realização das operações policiais, ficando a reserva da análise de cada caso concreto para verificar a excepcionalidade da situação, o que continua sendo uma análise subjetiva: “Vê-se claramente que, sob o olhar das Instituições, há indefinição quanto ao contexto fático autorizador de operações policiais, sendo prudente que se avalie à eventual necessidade de definição objetiva do conceito.”³¹

De outro lado, os Tribunais Superiores vêm anulando diversas condenações judiciais baseadas em provas que foram colhidas com o ingresso em domicílio sem mandado judicial, por considerar o ingresso ilegal, o que torna nula a persecução penal, o que também afeta o *standard* probatório.

Notoriamente, existem fundamentos sólidos dos dois lados, seja pelo medo da arbitrariedade policial nas diligências, ou seja, até mesmo pela violação da privacidade em casos que a diligência não é exitosa, ou seja pela não atuação policial com as restrições impostas, que contribuem para o aumento da criminalidade, diante da não possibilidade de atuação da polícia, o que diminui o ingresso em domicílios em casos de flagrante delito.

Pela não existência de critérios objetivos pelos Tribunais Superiores sobre os requisitos válidos para o ingresso em domicílio em casos de tráfico de drogas, é frequente a publicação de julgados contraditórios sobre o mesmo tema, o que gera a insegurança jurídica.

O STF no julgamento do HC 169.788/SP³² rejeitou o *habeas corpus* interposto pelo preso e validou o ingresso policial na residência do suspeito após correr ao avistar a viatura policial.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **RELATÓRIO GT/CNJ ADPF 635**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/04/relatorio-gt-cnj-adpf-635.pdf>. Acesso em: 23 abr.2024.

³¹ *Ibidem*.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **HABEAS CORPUS 169.788/SP**. - Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do habeas corpus, revogando-se a medida cautelar anteriormente deferida. Rel. Min. Edson Fachin, 04 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5667710>. Acesso em: 30 mar.2024.

Porém, o STJ em julgamento anterior no HC 415.332/SP³³ concedeu a ordem e reconheceu a ilicitude do ingresso dos policiais no domicílio do acusado e determinou o trancamento da ação penal do acusado que empreendido fuga ao avistar a viatura policial.

Nos dois julgados destacados acima, percebe-se que houve o mesmo “*modus operandi*”, porém ocorreu decisões discrepantes, pois a análise das “fundadas razões” é um critério subjetivo.

Em outro julgado, no HC nº 714.009/PR³⁴, o STJ entendeu que o ingresso em domicílio sem mandado judicial, após recebimento de denúncia anônima somado ao comportamento do réu que demonstra nervosismo ao avistar a polícia, não pode ser considerado como “fundadas razões” para o ingresso forçado na residência. No referido julgado, foram encontradas drogas e arma de fogo, entretanto, o STJ entendeu que foi nulo o ingresso no domicílio do réu, apesar de concordar que o crime de tráfico de drogas é um crime permanente e em tese, não necessita de mandado de judicial por considerar que a pessoa estaria em flagrante delito. A conclusão do julgado é contraditória, pois, se em tese, a pessoa foi encontrada com drogas, ela estaria praticando o crime do artigo 33, Lei de Drogas.

Diante dos julgados apresentados, é possível concluir que, não há uma definição, uma matriz a ser seguida, pois, até o presente momento, não foram definidos critérios objetivos e a consequência disso é notória, visto que a jurisprudência vem oscilando sobre o mesmo tema. O Direito não é aplicado de forma uniforme, o que gera a insegurança jurídica para quem pesquisa sobre o tema e qual a conclusão disso?

Aplicação do artigo 157, Código de Processo Penal, declaração de nulidade das provas obtidas que passam a ser consideradas provas ilícitas. Nesse caso, toda a diligência policial realizada é nula e não serve de provas para embasar a persecução penal, não podendo o Ministério Público denunciar este indivíduo com base nessas provas obtidas que, em tese, estaria em flagrante delito.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **HABEAS CORPUS 415.332/SP** - Tráfico De Drogas. Flagrante. Domicílio Como Expressão Do Direito À Intimidade. Asilo Inviolável. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/fuga-ronda-policial.pdf>. Acesso em: 30 mar.2024.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **HABEAS CORPUS 714.009/PR** - Ante o exposto, concedo a ordem para, reconhecida a ilegalidade da invasão de domicílio e das eventuais provas daí decorrentes, cassar os julgamentos prolatados pelas instâncias de origem e determinar o retorno dos autos à primeira instância para que profira novo julgamento, como entender de direito. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-ministro-saldanha.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, esta pesquisa constatou que os critérios estabelecidos pelos Tribunais Superiores sobre os requisitos necessários para validar o ingresso em domicílio em caso de flagrante delito são critérios subjetivos, ante a ausência de previsão em lei.

Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Esta questão é evidenciada nos casos de ingresso em domicílio em caso de flagrante delito no contexto de tráfico de drogas, em que não há o mandado judicial para ingresso e existem inúmeras decisões perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal que decidem de forma contrária ao analisar as “fundadas razões” pelo ingresso policial, sendo uma análise casuística, não existindo um critério objetivo, amplo, geral e seguro que possa ser aplicado em todos os casos, diante da ausência de previsão legal.

Assim, quando não é entendido pelo Judiciário que ocorreu as “fundadas razões” para o ingresso em domicílio, resulta em anulação de condenações judiciais ou trancamento das ações penais em curso, o que prejudica também o *standard* probatório no processo penal, que dificulta a produção de provas pelo Ministério Público em busca da reprimenda Estatal, considerando que o cometimento destes crimes ocorre a margem da lei.

Restou demonstrado também que as restrições as atuações policiais nos territórios em áreas conflagradas resultaram na diminuição de prisões em flagrante e consequentemente no fortalecimento da criminalidade, dificultando o acesso policial.

A relevância da pesquisa é evidenciada nos direitos que toca. De um lado, tem-se a proteção a intimidade, privacidade e o direito de propriedade do indivíduo. Do outro lado, tem o Estado, em prol do interesse público para garantir a segurança pública e reprimir as atividades criminosas.

Da conjugação das fontes de conhecimento apresentadas, observa-se que o tratamento dispensado à temática visa buscar um equilíbrio entre o interesse do Estado e o interesse dos particulares para que seja possível conferir segurança jurídica ao tema apresentado.

A busca pela coibição da atividade criminosa tem fundamento no interesse público, que é a segurança pública a conferir à sociedade, motivo pelo qual, existe a previsão expressa na Constituição da República do afastamento da inviolabilidade de domicílio em caso de flagrante delito. Contudo, como visto, não é assim que vem sendo entendido pelo Poder Judiciário em casos de tráfico de drogas, o que vem ocasionando nulidade de provas, nulidade de condenação, nulidade de prisões.

Para alçar os fundamentos expostos pela doutrina e jurisprudência, bem como possível solução a problemática apresentada, foi necessário tecer comentários quanto ao critério subjetivo adotado pelos Tribunais Superiores para configurar as “fundadas razões”.

Conclui-se assim, que a falta de um critério objetivo ocasiona consequências práticas na persecução penal, pois, as nulidades que vêm sendo reconhecidas, impossibilitam o prosseguimento da persecução penal, o que influencia diretamente no *standard* probatório do Ministério Público nas ações penais, dificultando assim, o combate ao crime organizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RELATÓRIO GT/CNJ ADPF nº 635**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/04/relatorio-gt-cnj-adpf-635.pdf>. Acesso em: 23 abr.2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set.2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 dez.2023

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 19 mar.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) **Habeas Corpus 82.788/RJ**. “Habeas Corpus” – pretendido trancamento de ação penal com base na suposta existência de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de abril de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3738038>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 169.788/SP**. Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do habeas corpus, revogando-se a medida cautelar anteriormente deferida. Rel. Min. Edson Fachin, 04 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5667710>. Acesso em: 30 mar.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 635 Rio De Janeiro**. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em 12 dez.2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003] Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 12 dez. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de junho de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 12 dez.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 616.584/RS**. Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins [...]. Relator:Min. Ribeiro Dantas, 30 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2036856&num_registro=202002574560&data=20210406&formato=PDF. Acesso em: 13 fev.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 714.009/PR**. - Ante o exposto, concedo a ordem para, reconhecida a ilegalidade da invasão de domicílio e das eventuais provas daí decorrentes, cassar os julgamentos prolatados pelas instâncias de origem e determinar o retorno dos autos à primeira instância para que profira novo julgamento, como entender de direito. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-ministro-saldanha.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 415.332/SP** - Tráfico De Drogas. Flagrante. Domicílio Como Expressão Do Direito À Intimidade. Asilo Inviolável. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/fuga-ronda-policial.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma) **Habeas Corpus 598.051/SP**. Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 02 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 12 dez.2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GLOBO. **Verdadeiras obras de engenharia', diz delegado sobre barricadas montadas pelo tráfico no RJ**. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/03/06/verdadeiras-obras-de-engenharia-diz-delegadosobre-barricadas-montadas-pelo-trafico-em-comunidades-do-rj.ghml>. Acesso em: 19 nov. 2023.

ISP-RJ. **Segurança em números**. Disponível em: https://arquivo.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/SN2021_rev.html#pris%C3%B5es-em-flagrante. Acesso em: 19 nov.2023.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 704.