

VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO FRENTE AO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS ¹

Dione da Silva Fernandes²

João Batista Machado Barbosa³

RESUMO

a presente trabalho visa, através de métodos científicos, analisar a problemática que permeia o combate ao tráfico de drogas, os desafios da ação policial, sua importância quanto interesse de cunho geral e implicação na violação dos direitos fundamentais. Para tanto, utilizaremos o método dedutivo, partindo de um tema geral para o específico, e o explicativo, no qual, analisaremos o processo penal, suas diretrizes e aplicabilidade prática, os crimes em espécie, com enfoque no tráfico de drogas, Lei 11343/2006, até os direitos fundamentais, Art. 5º, § XI, da CF, entendendo o que vem a ser domicílio no contexto atual, sua inviolabilidade e as consequências dos mandados de busca e apreensão coletivos.

Palavras-chave: Mandados de busca e apreensão coletivos. Garantias fundamentais. Ineficácia da ação policial.

VIOLATION OF THE DOMICILE AGAINST DRUG TRAFFICKING

ABSTRACT

The present work aims, through scientific methods, to analyze the problem that permeates the fight against drug trafficking, the challenges of police action, its importance as a general interest and implication in the violation of fundamental rights. Therefore, we will use the deductive method, starting from a general theme for the specific one, and the explanatory one, in which, we will analyze the criminal procedure, its guidelines and practical applicability, crimes in kind, with a focus on drug trafficking, Law 11343 /2006, to fundamental rights, Art. 5, § XI, of the Federal Constitution, understanding what comes to be domicile in the current context, its inviolability and the consequences of collective search and seizure warrants.

Keywords: Collective search and seizure warrants. Fundamental guarantees. Ineffectiveness of police action.

1 INTRODUÇÃO

É fato notório e estatístico, que o tráfico de drogas tem atualmente sido um dos principais crimes cometidos no Brasil. Segundo dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) os crimes relacionados ao tráfico de drogas é o segundo

¹ Nota de rodapé do título

² Acadêmica do Curso de Direito – Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN) – dioneffernandes@gmail.com

³ Professor Orientador – Curso Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) – jmbmb@uol.com.br

tipo de delito que mais levam pessoas às prisões, com 28% da população carcerária, ficando atrás apenas do roubo, que assim como furto e o homicídio, em sua maioria, tem como raiz etimológica, este. Notadamente, muito se discute acerca do assunto buscando meios para combatê-lo no intuito de restabelecer a ordem social.

Mister analisarmos esta questão em todo o seu contexto, para vislumbrarmos de forma mais clara e consciente o seu alcance e força diante de uma sociedade envolta a um conflito de poderes onde se objetiva sempre o fim e não o meio. O tráfico de drogas não é apenas um problema de cunho penal, ele atinge os mais diversos ramos da sociedade e, por isso, trata-se de um assunto de interesse geral.

A caracterização do comércio ilegal de drogas explicitada no rol da Lei 11.343/2006 dar-se-á das mais diversas formas, podendo ser desde o transporte até o depósito, local onde o material ilícito encontra-se estocado. Nesta modalidade a ação policial encontra o seu maior desafio, haja vista que, segundo o Art. 5º § XI da Constituição Federal, *“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, para que a autoridade policial possa adentrar a residência mediante evidente suspeita de ilicitude necessita estar na posse de um mandado.

Este, no que lhe concerne, necessita de prévia autorização judicial demandando tempo, devido à alta burocracia do sistema jurídico e administrativo no Brasil. Se mesmo assim, sem estar na posse de uma determinação judicial ou em situação de flagrante delito, a polícia adentrar o recinto e apreender o produto ali depositado, bem como, os presentes no momento da ação, o ato poderá ser considerado nulo se constatada ilicitude na operação, pois segundo a *“teoria do fruto da árvore envenenada”* nenhuma prova oriunda de meios ilícitos e seus derivados servirão como meio legal de acusação.

Desse modo, submergimos a égide da questão: Até que ponto o direito fundamental previsto no Art. 5º § XI da CF pode ser limitado e quais os meios legais poderão ser utilizados na resolução do conflito entre o Direito Fundamental, o bem-estar social e a tutela estatal?

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 CONCEITO

Para atingirmos o real significado da palavra Constituição precisamos analisar o seu contexto histórico, com vistas a compreender sua origem e importância quanto elemento normativo supranacional. Desse modo, se faz necessário entender o que vem a ser o processo de formação do estado decorrente de movimentos sociais que buscam a concretização do mesmo, visando à criação de um texto legal que tem como objetivo a limitação do poder do Estado e sua legitimação. Estabelecendo, portanto, regras que tornem

legítima a existência do Estado e que também coloquem limites à sua atuação.

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. (MORAIS, 2021)

Esse processo é denominado de Constitucionalismo e teve alguns marcos históricos, sendo sua primeira manifestação através do direito consuetudinário, compreendido pelo período dos povos sem leitura cuja a caracterização do estado era teocrática, visto que, cabia aos profetas a legitimidade para fiscalizar a atuação dos governantes. Esse movimento social tinha como embasamento a insatisfação dos cidadãos frente aos abusos de poder praticados em desfavor destes e buscava, notadamente, o fim do regime absolutista.

Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. (MORAIS, 2021)

Por conseguinte, no período medieval, aonde ainda se tinha uma forte influência religiosa, passou-se a adotar a figura do monarca ou parlamento, ocorrendo, portanto, um marco histórico que acarretou a positivação do pacto, resultando na primeira Magna Carta. Em ato contínuo surgiu o Constitucionalismo moderno que, embora tais movimentos ainda não fossem necessariamente escritos, traz a obrigatoriedade da Constituição escrita como forma de proteção e garantia dos Direitos historicamente conquistados.

Esse conceito polêmico alimenta o movimento político e jurídico chamado constitucionalismo. Este visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados e limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas (FERREIRA FILHO, 2022)

Conforme o entendimento do doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição escrita resulta da submissão dos regimes constitucionais que limitam e moderam os poderes do Estado.

Não obstante, Lassalle também conceitua à Constituição em seu sentido intrínseco.

A Constituição é um pacto juramentado entre o rei e seu povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país” ou “a lei fundamental pro-clamada pela nação, na qual se baseia a organização do Direito público do país” (LASSALLE, 1988).

Desse modo, podemos conceituar a Constituição Federal como a norma resultante dos movimentos que exprimem e refletem a vontade e os interesses da sociedade, regulando as relações entre os indivíduos, limitando e legitimando os poderes do Estado, resguardando, portanto, os direitos fundamentais tanto individuais quanto coletivos.

2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Presentes na Constituição Federal de forma explícita e implícita, os direitos fundamentais constituem um rol de direitos reconhecidos e consagrados em prol do indivíduo que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e resguardados pelas garantias fundamentais. Estas, por sua vez, agem de forma preventiva buscando o controle das ações do poder público que tendem à violação de tais direitos.

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. (MORAIS, 2021).

A doutrina divide os direitos fundamentais em três dimensões as quais encontram-se arraigados seu contexto histórico-evolutivo.

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. (MORAIS, 2020)

Notadamente, às dimensões do direito seguem uma ordem natural e contínua, baseadas em valores que se interligam e objetivam a ampliação dos seus efeitos. Desse modo, resta claro a relevante importância dos direitos fundamentais contemplados na 1ª dimensão, haja vista que eles foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade.

2.3 DIREITOS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Na sucessão dos direitos fundamentais destacam-se naturalmente os considerados direitos de primeira dimensão, pois são baseados nos princípios que contemplam as Liberdades individuais políticas e civis. Eles têm caráter negativo, posto que, buscam a abstenção do Estado no intuito de barrar os abusos de poder e garantir que este não despreze as liberdades individuais. Desta forma, caracterizam a limitação do governo, lhe impondo uma prestação negativa em favor do indivíduo.

Estes direitos que correspondem à primeira geração dos direitos fundamentais têm especial significação para o constitucionalismo moderno. Este os viu como próprios e imprescindíveis para cada ser humano. De certo modo, sua efetivação foi a motivação do constitucionalismo e muito serviram para que se alcançasse a democracia. Na verdade, são vistos como essenciais à democracia moderna, que é uma democracia liberal. (FERREIRA FILHO, 2022).

Compreende-se, conforme a afirmação do ilustre doutrinador FERREIRA FILHO (2022), que a primeira dimensão dos direitos fundamentais tem uma importância histórica de relevante significado para o processo do constitucionalismo e da democracia moderna.

Tal fato, reafirma o quão necessário se faz atentarmos para as diretrizes basilares que integram as garantias fundamentais.

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. (MORAIS, 2021)

Dentre os direitos fundamentais reconhecidos por terem sido elementos impulsionadores do constitucionalismo, estão o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Destes, todos os demais contidos no artigo 5º da CF se salvaguardam, como é o caso do direito à privacidade previsto no inciso IX que se destaca como sendo uma de suas vertentes. O inciso a, pouco mencionado refere-se à inviolabilidade do domicílio, o primeiro dentre os relativos à segurança pessoal e quem tem como objetivo resguardar o domicílio, sendo este, inviolável.

3. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

O conceito de domicílio no sentido constitucional é amplo, visto que, contempla desde a residência até o local aonde o indivíduo se encontre e ali tenha a intenção de estabelecer-se definitivamente. Esse conceito foi ampliado pela jurisprudência e, segundo entendimento do STF, também será considerado domicílio, por equiparação, todo local, delimitado e separado, o qual esteja, a qualquer título, ocupado com exclusividade pelo indivíduo, inclusive profissionalmente.

No sentido constitucional, o termo *domicílio* tem amplitude maior do que no direito privado ou do senso comum, não sendo somente a residência, ou ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas inclusive, quarto de hotel habitado. Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente (Serviço de Jurisprudência do STF, *Ementário STJ* nº 1804-11), pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se mediatamente a vida privada do sujeito (BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 154). (MORAIS, 2020).

A inviolabilidade do domicílio constitui o rol das mais antigas e importantes garantias fundamentais, resguardando a proteção ao sossego e tranquilidade individual e familiar do lar, que devem ser respeitadas como fator essencial e inerente à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, resta claro que a proteção constitucional ao domicílio consagrada no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal busca a efetiva preservação a vida privada e intimidade do indivíduo, sendo, evidentemente, asilo inviolável.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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; (CF/88).

Contudo, mesmo em se tratando de um direito fundamental do indivíduo, a Constituição Federal estabelece suas exceções possibilitando que em circunstâncias nas quais haja o consentimento espontâneo e natural do resguardado, ou o agente estatal esteja na posse de uma determinação judicial, durante o dia, ou em situações de flagrante delito, ou desastre, este possa ser violado.

A própria Constituição Federal, porém, estabelece as exceções à inviolabilidade domiciliar. Assim, 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. (MORAIS, 2020).

Notadamente, tais exceções visam atingir os interesses individuais ou da justiça, não ocorrendo o manejo destas sem que, para tanto, haja um motivo relevante e justificado.

Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da justiça, apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime (SILVA, 2020).

Consoante a temática o Código Penal em seu artigo 150, § 1º, apresenta os crimes contra a inviolabilidade do domicílio permitindo desse modo a proteção à garantia individual constitucionalmente resguardada.

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:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência. (LEI 2.848/40).

Ainda em seu artigo 150, § 3º, a referido código explícita hipótese que não caracterizam crime contra a inviolabilidade do domicílio.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. (LEI 2.848/40)

Por fim, também traz o esclarecimento do que vem ou não a ser compreendido como domicílio.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

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

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

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

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. (LEI 2.848/40)

Evidentemente, verifica-se que a proibição penal sedia-se na inexistência de consentimento do morador, que na condição de residente, configura como vítima diante de uma violação injustificada.

Destarte, a Lei 13.869/19 que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade menciona em seu artigo 22 as hipóteses que caracterizam o delito relacionado a invasão de domicílio e suas exceções.

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Nesse sentido, verifica-se que a temática pertinente a violação do domicílio é de veras tênue no sentido em que, apesar de não existir direito absoluto, a sua inobservância por parte dos agentes públicos pode acarretar consequências relevantes a estes.

No mesmo prisma, evidencia que outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio). (NUCCI,2021)

O próprio Código de Processo Penal tutela os direitos indisponíveis e tem como pretensão punitiva a observância na legislação material, buscando como finalidade o direito-dever de punir que, notadamente, se fundamenta no princípio da legalidade.

O Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual.(NUCCI, 2021).

Desse modo, para que o Direito Penal atinja sua finalidade legal, mister a constante observância e aparato nas diretrizes basilares do Código de Processo Penal que, evidentemente, visa tutelar os direitos fundamentais, tanto na proteção das liberdades individuais do sujeito quanto aos direitos coletivos.

3.1 INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO NA OPERAÇÃO POLICIAL

A polícia tem um papel de relevante importância no combate ao tráfico de drogas, contudo, os meios utilizados no processo investigatório implicam diretamente no resultado da ação, posto que, conforme aduz o art. 5º, LVI, da CF/88 e o art. 157 do CPP, a prova que for produzida não obedecendo às regras constitucionais ou legais devem ser retiradas do processo legal.

A Constituição, em seu art. 5º, LVI, consagra a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas que, conforme já definidas, são aquelas colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo: inviolabilidade domiciliar, telefônica, direito à intimidade, ao sigilo etc.). (MORAIS, 2022)

Desta feita, a jurisprudência passou a adotar a teoria do “*fruto da árvore envenenada*” para julgar os processos nos quais as provas foram oriundas de invasão de domicílio sem a devida observância dos preceitos legais, observemos o trecho abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR ILÍCITA - APREENSÃO DAS DROGAS E PRISÃO DO ACUSADO DECORRENTES DA INVASÃO DE DOMICÍLIO - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. Existindo uma íntima conexão entre as provas obtidas mediante a busca domiciliar (provas ilícitas) e a apreensão das drogas e a prisão do apelante, a condenação não pode subsistir, por se tratarem de provas ilícitas por derivação, sendo aplicável a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Não havendo provas encontradas por fonte independente capazes de alicerçar o decreto condenatório, a absolvição é medida impositiva. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Criminal: APR 10079170334381004 MG

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE “ATITUDE SUSPEITA”. INSUFICIÊNCIA. INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS INDICATIVOS DA FLAGRÂNCIA. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE NA AUTORIZAÇÃO. FORTE APARATO POLICIAL COM CARÁTER NITIDAMENTE INTIMIDADOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS A PARTIR DA BUSCA PESSOAL. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. No julgamento do RHC 158.580/BA, Relator o Ministro ROGERIO SCHIETTI (DJe 25/4/2022)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA

NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. HABEAS CORPUS Nº 598.051 - SP (2020/0176244-9)

Notadamente, a inobservância do agente estatal quanto a forma de acesso ao domicílio do acusado pode gerar a nulidades das provas e por conseguinte a absolvição. É fato que a referida teoria visa resguardar uma garantia constitucional, porém concomitantemente também gera uma sensação de ineficácia da ação policial.

Foi nesse sentido que no Rio de Janeiro, no período da intervenção militar, foram expedidos mandados de busca e apreensão coletivos a serem cumpridos nas zonas periféricas com maior aglomeração e de difícil identificação, autorizando a revista indiscriminada de residências nas áreas indicadas pela polícia com o intuito de atingir de forma genérica e indiscriminada o alvo.

Todavia, os referidos mandados foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal de Justiça que entende ser uma séria e repudiável afronta a um princípio constitucional, como podemos observar:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS EM COMUNIDADES DE FAVELAS. BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVA, GENÉRICA E INDISCRIMINADA CONTRA OS CIDADÃOS E CIDADÃS DOMICILIADOS NAS COMUNIDADES ATINGIDAS PELO ATO COATOR. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 435.934 - RJ (2018/0026930-7)

Contudo, ainda sobre o viés da inviolabilidade do domicílio no combate ao tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento fixado na RE 63.616 de 15/11/2015 que julgou o tema de repercussão geral 280, que versa sobre as provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão. Para tanto, observemos o trecho abaixo:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 280 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: „A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados„, vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.11.2015.

Nesse sentido, permanece indissolúvel o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme o exemplo que segue:

EMENTA AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A TESE FIXADA NO RE 603.616 (TEMA N. 280 DA REPERCUSSÃO GERAL). NECES-

SÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. Nos crimes de natureza permanente, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para a entrada forçada na residência do acusado, desde que a ação esteja amparada em fundadas razões (Tema n. 280/RG). 2. Não se admite, na via estreita do habeas corpus, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – desrespeito à inviolabilidade de domicílio –, do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias. 3. Agravo interno desprovido. HC 215081 AgR / SC - SANTA CATARINA. DJe-216 DIVULG 25-10-2022 PUBLIC 26-10-2022

Ato contínuo, o Supremo Tribunal de Justiça também acompanha o entendimento supracitado. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FLAGRANTE DE CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE 'TER EM DEPÓSITO'. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS: AgRg no HC 556588 RS 2020/0002967-4

Resta, dessa forma, a evidência que o entendimento jurisprudencial atual é uníssono quanto a possibilidade de violação do domicílio frente ao combate ao tráfico de drogas na modalidade “ter em depósito”.

Mister, contudo a observância das diretrizes apresentadas pela jurisprudência, pois estamos diante de um direito fundamental individual que poderá ser relativizado em prol do interesse coletivo. Desse modo, a simples alegação de evidente ilicitude não basta para que a ação do agente e os frutos oriundos desta possam ser declarados válidos, haja vista que, a violação ao domicílio só será considerada justificada se ali for caracterizado o crime permanente de tráfico de drogas. Caso contrário, o agente estatal estará cometendo um crime.

O mesmo ocorre, se para atingir o fim, o agente com vistas adentrar no domicílio com uso força coercitiva, na da qual dará origem ao erro por parte do responsável do domicílio quando a abordagem for realizada.

4. A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nem todas as hipóteses de relativização dos direitos fundamentais estão expressas no texto constitucional ou em outros dispositivos legais. A proteção domiciliar, por exemplo, sempre foi ampla, permitindo apenas excepcionalmente sua limitação. Quaisquer limitações ou exceções à proteção do direito de domicílio não obedecem à regra da exceção puramente isolada.

A exceção a esta inviolabilidade deve ter previsão normativa e autorização pela autoridade judiciária preventiva e competente. Contudo, a jurisprudência do STF evidenciou

a exceção da exceção quando determina que uma situação em que a violação do domicílio não precisaria, necessariamente, de autorização por parte da autoridade judiciária.

Encontra-se na doutrina entendimento no sentido de que, com base nos princípios constitucionais da relatividade e harmonização, os direitos e garantias individuais se limitam quando em embate com os demais. Vejamos, pois na sequência, melhor explicitado e exemplificado.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). (MORAIS, 2022).

CONSTITUCIONAL. GARANTIA DA SEGURANÇA INTERNA, ORDEM PÚBLICA E PAZ SOCIAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ART. 9º, § 1º, ART. 37, VII, E ART. 144, DA CF. VEDAÇÃO ABSOLUTA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS INTEGRANTES DAS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA. 1.A atividade policial é carreira de Estado imprescindível a manutenção da normalidade democrática, sendo impossível sua complementação ou substituição pela atividade privada. A carreira policial é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição Federal não permite. 2.Aparente colisão de direitos. Prevalência do interesse público e social na manutenção da segurança interna, da ordem pública e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria de servidores públicos. Impossibilidade absoluta do exercício do direito de greve às carreiras policiais. Interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos artigos 9º, § 1º, 37, VII e 144. 3.Recurso provido, com afirmação de tese de repercussão geral: “1 - O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. 2 - É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria.ARE 654432 / GO - GOIÁS. 11/06/2018

Não obstante, sintetiza, consoante a jurisprudencial atual que entende pela não utilização dos direitos humanos fundamentais como proteção às práticas e atividades ilícitas.

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem 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.(MORAIS, 2022)

Na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, recepcionada e acolhida pela Constituição Federal, essa necessidade de relativização do direito individual em prol do coletivo também é evidenciada em seu artigo 29.

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Desta feita, notório se faz o entendimento da necessidade de relativização do direito individual em detrimento do coletivo em circunstâncias nas quais esteja em pauta o bem comum, pois que, o indivíduo é partícipe da sociedade.

5. CONCLUSÕES

Tratar sobre temas relacionados aos direitos individuais e coletivos na seara da tutela estatal é deveras desafiador dado a complexidade relativa a sua aplicabilidade prática.

Diverso não seria, portanto, analisar todo esse contexto no cenário atual em que mais do que nunca esses interesses se confrontam em busca de soluções para conter um dos grandes males da atualidade, o combate ao tráfico de drogas.

Elucidativamente, mister entender que não se trata, pois, de litigarmos apenas sobre qual razão é mais contundente ou eficaz, também é sobre os melhores meios para obtenção do resultado almejado pela sociedade, a qual, todos fazem parte independentemente da posição que ocupe.

Na violação do domicílio especificamente para o combate ao tráfico de drogas resta evidente o confronto prático entre os direitos neste evidenciados e a tensão existente entre eles.

A sociedade clama por ordem social representada na necessidade de combate ao tráfico de drogas tutelada pelo estado, o indivíduo se vê diante da relativização de uma garantia fundamental e a polícia, no que lhe concerne, se encontra em meio a essa tensão que importa nas suas ações que podem, inclusive, acarretar consequências punitivas para si.

Notadamente, a inviolabilidade do domicílio não pode servir como escudo para fomentar o tráfico de drogas no Brasil. Em situações de flagrante delito necessário se faz adentrar ao domicílio aonde encontra-se estocado o material ilícito. Contudo, as evidências que precedem o acesso ao domicílio devem ser legalmente comprovadas para evitar que uma garantia fundamental passe da posição de relativizada para banalizada.

A ação policial deve atender os requisitos necessários para a eficaz comprovação da licitude da operação e validade de seus atos. Ocorre que aplicabilidade prática nem sempre surte os efeitos esperados, pois a comprovação da correta e fundamentada atitude do agente fica a cargo de provas verbais que na maioria das vezes são insuficientes e deixam margens para que a defesa alegue o oposto.

Nestes moldes, oportuno se faz a adoção de mecanismos mais modernos que possam resguardar as partes, visto que, o policial pode responder criminalmente por

invasão de domicílio e o indivíduo pode ter seu asilo violado de forma arbitrária.

Atualmente, no Estado de São paulo, adotou-se o uso das Bodycam, câmeras corporais que são colocadas no uniforme policial no intuito de maior proteção tanto para estes quanto para a população.

Desta feita, mister proatividade por parte das autoridades competentes para que haja uma maior eficácia quanto ao acesso aos domicílios no combate ao tráfico de drogas, com vistas a resguardar o indivíduo quanto a um direito garantido constitucionalmente e a polícia que terá maior eficácia nas operações, principalmente as ostensivas.

Nesse contexto, conclui-se que no tocante ao combate ao tráfico de drogas o interesse individual pode ser sim relativizado em detrimento do geral, contudo, os meios utilizado devem atender a critérios principiológicos e jurisprudenciais garantindo a eficácia do ato e evitando, portanto, precedentes que culminem na banalização de uma garantia fundamental.

REFERÊNCIAS

LEGISLATIVO, P. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.05 de Outubro de 1988. Online. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2022. 369 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644599/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/30/14/2/2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644599/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/30/14/2/2). Acesso em: 10/10/22.

LASSALE, F.; BASTOS prefácio de A. W. **A essência da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. 38 p. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/10/A-ess%C3%AAncia-da-Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 10/10/22.

MORAIS, A. de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022. 1027 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771868/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/38/1:18\[re%20%2Cde\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771868/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/38/1:18[re%20%2Cde]). Acesso em: 10/10/22.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 893 p. Disponível em: <https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/josc3a9-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional-positivo-2005.pdf>. Acesso em: 10/10/22.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 711 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640119epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0\]/4/2/2%4051:2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640119epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0]/4/2/2%4051:2). Acesso em: 10/10/22.

MORAIS, A. de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021. 440 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026825/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]/4/2/5:45\[m%20s%2Ceus\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026825/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]/4/2/5:45[m%20s%2Ceus]). Acesso em: 05/09/2022.

ADECON. **Glossário do levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Quantidade de incidências por tipo penal**. 2022. Online. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?reyJrljoiY2Q3MmZINTYtODY4Yi00Y2Q4LWFIZDUtZTcwOWI3YmUwY2lyliwidCI6ImViMDkwNDlw>. Acesso em: 20/11/22.

ADECON. **Glossário do levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Quantidade de incidências por categoria**. 2022. Online. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiY2Q3MmZINTYtODY4Yi00Y2Q4LWFIZDUtZTcwOWI3YmUwY2lyliwidCI6ImViMDkwNDlw>. Acesso em: 20/11/22.

EXECUTIVO, P. **DECRETO-LEI Nº 2.848**. 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/tipo=DEL&numero=2848&ano=1940&ato=1bb0za61ENNRkTf8b>. Acesso em: 10/10/22.

LEGISLATIVO, P. **LEI Nº 11.343**. 24 de Agosto de 2006. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/tipo=LEI&numero=11343&ano=2006&ato=f9dATTU5kMRpWT9e4>. Acesso em: 10/10/22.

LEGISLATIVO, P. **LEI Nº 13.869**. 05 de Setembro de 2019. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/tipo=LEI&numero=13869&ano=2019&ato=8a2gXW61keZpWT5b3>. Acesso em: 10/10/22.

EXECUTIVO, P. **DECRETO-LEI Nº 3.689**. 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/tipo=DEL&numero=3689&ano=1941&ato=cba0zZE5kMnRkT5ee>. Acesso em: 10/10/22.

TJMG, T. de Justiça de M. G. **PROCESSO Nº: 0008093-02.2021.8.13.0414.AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO (283)**. 2022. Online. Disponível em: <https://pje-consulpublica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seamca=543625424844111e93b9bd608625574d29bcc494e5a95cac1640c89fce9fb163a2b20c22e2bab10e2b667466idProcessoDoc=9650633507>. Acesso em: 10/10/22.

STJ, S. T. de J. **HABEAS CORPUS: HC 598051 SP 2020/0176244-9**. 2020. Online. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205678336>.

STF, S. T. F. . **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603616**. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.j>

us.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3774503. Acesso em: 05/09/2022.

JANEIRO, T. D. J. D. E. D. R. D. AgRg no **HABEAS CORPUS Nº 435.934 - RJ(2018/0026930-7)**. 2019. Online. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1851622&num_registro=201800269307&data=20191120&peticao_numero=201900351280&formato=PDF. Acesso em: 05/09/2022.

GO, T. D. J. D. E. D. G. . RE no **HABEAS CORPUS Nº 728920 - GO (2022/0071312-6)**. 16 de Agosto de 2022. Online. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=161899738&tipo_documento=documento&num_registro=202200713126&data=20220818&formato=PDF. Acesso em: 10/10/22.

STF, S. T. F. . **ARE 654432 / GO - GOIÁS. 2017**. Online. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386223/false>. Acesso em: 05/09/2022.

UNIDAS, A. e proclamada pela **Assembleia Geral das N. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Online. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05/09/2022.