

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA – MESTRADO E DOUTORADO

GUILHERME SALVADOR BANZATO FACCO

FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA

CURITIBA 2022

GUILHERME SALVADOR BANZATO FACCO

**FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia – Mestrado e Doutorado, Centro Universitário Autônomo do Brasil. Orientadora: Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe

CURITIBA 2020

GUILHERME SALVADOR BANZATO FACCO

**FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia – Mestrado e Doutorado, Centro Universitário Autônomo do Brasil. Orientadora: Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe

Data da aprovação: 30/09/2022

Banca Examinadora

Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe (presidente)

Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral (membro)

Prof. Dr. Marco Antonio Lima Berberi (membro)

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos são para as pessoas que contribuíram para que este trabalho chegasse ao final. Para todos os professores, colegas e funcionários da UniBrasil que tive a oportunidade de conhecer e apreender durante esses dois anos de mestrado. Em especial para o professor Rodrigo Leite Ferreira Cabral, com quem tive oportunidade de fazer um crédito e, inicialmente, orientou-me neste mestrado. Depois, para a professora Allana Campos Marques Schrappe, com quem tive o privilégio de fazer dois créditos, além do estágio de docência na disciplina de criminologia do curso de Direito da UniBrasil e, que depois da saída do professor Rodrigo Cabral da instituição, passou a me orientar nesta dissertação.

Não posso deixar de mencionar meus pais, Adauto e Ana, e meu irmão, Vinicius, que me ajudaram durante todo o mestrado.

À Deus, por poder nos fortalecer no momento difícil de pandemia em que o mestrado foi cursado, que por causa dela todos créditos foram feitos de forma virtual, o que nos privou do contato mais acolhedor e próximo dos encontros presenciais.

Aos meus sócios Valnei e Gustavo Trento, pela paciência durante o período em que redigi esta dissertação.

Aos advogados e advogadas, defensores e defensoras que lutam no dia a dia da defesa criminal.

Aos grandes mestres e doutores que pude apreender durante toda a minha jornada acadêmica, desde o início da graduação, em especial a Juarez Cirino dos Santos, que completou oitenta anos neste ano.

RESUMO

Trata-se de dissertação em que pretende apresentar, analisar e explicar os principais pontos que envolvem o flagrante domiciliar de tráfico de drogas para, ao final, demonstrar uma solução diversa da tradicionalmente aceita pelos Tribunais brasileiros a respeito desse tema. Para tanto, deve-se apreciar a inviolabilidade de domicílio como um direito fundamental, decorrente do direito à intimidade, que colide com a persecução penal estatal realizada por meio do flagrante delito, sendo este uma exceção ao referido direito. Ao analisar o flagrante delito, algumas questões são necessárias tratar, como algumas de suas modalidades, formas ilícitas, a natureza, o flagrante nas situações de permanência delitiva, a inafiançabilidade, a audiência de custódia, a atuação dos policiais. Por fim, necessário apresentar o posicionamento da jurisprudência nacional a respeito do flagrante domiciliar de tráfico de drogas, em especial dos Tribunais Superiores, quando, nesse momento, será feita uma interpretação diversa dessa temática.

Palavras-chave: Flagrante; tráfico de drogas; inviolabilidade de domicílio; persecução penal.

ABSTRACT

It is a dissertation in which it intends to present, analyze and explain the main points that involve the house arrest of drug trafficking to, in the end, demonstrate a different solution from the one traditionally accepted by the Brazilian Courts regarding this issue. Therefore, the inviolability of the home must be appreciated as a fundamental right, arising from the right to privacy, which collides with the state criminal prosecution carried out through flagrante delicto, which is an exception to that right. When analyzing the flagrante delicto, some questions are necessary to deal with, such as some of its modalities, illegal forms, the nature, the flagrant in situations of criminal permanence, the non-bailability, the custody hearing, the performance of the police. Finally, it is necessary to present the position of national jurisprudence regarding the act of drug trafficking in the home, especially the Superior Courts, when, at that moment, a different interpretation of this theme will be made.

Keywords: blatant; drug trafficking; inviolability of home; criminal prosecution.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	9
2. A TENSÃO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E A PERSECUÇÃO PENAL POR PARTE DO PODER PÚBLICO	12
2.1 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E COMO DIREITO À INTIMIDADE.....	12
2.1.1 As Hipóteses de Relativização do Direito à Inviolabilidade de Domicílio.	16
2.2 A PERSECUÇÃO PENAL ESTATAL	18
3. A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NAS SITUAÇÕES DE TRÁFICO DE DROGAS EM DOMICÍLIOS	34
3.1 MODALIDADES DE PRISÃO EM FLAGRANTE	41
3.1.1 O Flagrante Próprio e a sua Importância para os Casos de Apreensões Domiciliares de Drogas	42
3.2 A ILEGALIDADE DO FLAGRANTE FORJADO E SUA RELAÇÃO COM A APREENSÃO DOMICILIAR DROGAS.....	45
3.3 A PROBLEMÁTICA DO FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES ...	48
3.4 A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE E A QUESTÃO DA INAFIANÇABILIDADE	51
3.5 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	56
3.5.1 Conceito	57
3.5.2 Finalidades	59
3.5.3 Hipóteses de Cabimento	63
3.5.4 A Audiência de Custódia de Pessoas Presas em Flagrante Delito Domiciliar de Tráfico de Drogas.....	66
3.6 A PARTICIPAÇÃO DOS POLICIAIS NOS PROCESSOS PENAI DECORRENTES DO FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS	73
4. AS PERSPECTIVAS DAS APREENSÕES DOMICILIARES DE DROGAS	81
4.1 COMO A QUESTÃO DO FLAGRANTE DOMICILIAR DE DROGAS É TRATADA PELOS TRIBUNAIS.....	81
4.2 O FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA OUTRA LEITURA.....	88
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS.....	102

1. INTRODUÇÃO

A temática do flagrante domiciliar de tráfico de drogas é recorrente nos Tribunais brasileiros. Cotidianamente é possível encontrar diversas decisões que abordam essa questão e, na maioria das vezes, tais decisões não são benéficas aos acusados.

Diante da relevância e da pertinência que o tema tem nos operadores do direito criminal, em especial daqueles que atuam com frequência na defesa das pessoas que são acusadas de praticar o delito de tráfico de drogas, optou-se por expor, examinar e destrinchar o problema do flagrante domiciliar de tráfico de drogas, apresentando uma solução diferente da comumente adotada pelos Tribunais brasileiros.

Para tanto, alguns itens devem, obrigatoriamente, ser objeto de análise neste trabalho. De início, a tensão entre o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e a persecução penal deve ser um ponto a ser tratado. A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, XI preconiza esse direito, mas estabelece algumas hipóteses de sua relativização, estando o flagrante delito entre elas, o que leva a crer que, os operadores do direito, quando se deparam com a temática do presente trabalho, estão diante do conflito entre a inviolabilidade de domicílio e a persecução penal por parte do poder público.

Nesse sentido, o primeiro capítulo tratará da inviolabilidade de domicílio, abrangendo todos os aspectos relativos a esse direito, como, por exemplo, sua previsão legal (na atual Constituição e nas Constituições anteriores); um direito dentro do direito à intimidade; suas hipóteses de relativização (com exceção do flagrante delito, que será explicado em um capítulo próprio).

Também no primeiro capítulo será tratada a questão da persecução penal (que legitima o flagrante domiciliar), quando os discursos que dão legitimidade ao poder punitivo estatal serão apreciados, em especial o contrato social e o confisco do conflito. Nesse item também constará a persecução penal ao tráfico de drogas, que está inserida sob um outro paradigma filosófico e dogmático comparado com o tradicional discurso do direito penal.

No segundo capítulo, será apresentada outra questão que é primordial para os fins deste trabalho: o flagrante delito. Nele, todos os pontos que serão analisados dizem respeito ao flagrante domiciliar.

Desse modo, é indispensável explanar sobre a previsão legal (artigo 5º, LXI da Constituição brasileira e artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal); o flagrante delito próprio como a modalidade que se adequa ao flagrante domiciliar de tráfico de drogas, porque é no exato momento em que ocorre o crime que o agente é preso; algumas formas de flagrante ilegal, sendo o flagrante forjado a principal delas nas situações de apreensões domiciliares de drogas, onde pode acontecer da pessoa que entra na residência alheia “plantar” a droga; a natureza da prisão em flagrante, sendo ela uma prisão de natureza precautelar, e não cautelar, como tradicionalmente se classifica esse instituto.

Ainda dentro do flagrante, importante destacar como ele ocorre nos crimes permanentes, tendo em vista que essa é a justificativa mais usada por terceiros para ingressar em domicílios de outrem para fazer a prisão em flagrante de tráfico de drogas; o caráter inafiançável do tráfico de drogas, pois em uma leitura mais conservadora dessa palavra, não é possível que o acusado seja processado em liberdade por esse crime; a audiência de custódia, que é o momento propício para se fazer o controle da legalidade da prisão em flagrante feita em domicílios relativa ao tráfico de drogas; a relevância da atuação dos policiais, uma vez que, na maioria das vezes, são eles que entram nos domicílios para realizar a prisão em flagrante e, a versão por eles apresentadas embasará o processo penal e, eventualmente, a condenação criminal.

O terceiro e último capítulo, primeiramente, analisará a forma como os Tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, versam a respeito do flagrante domiciliar de tráfico de drogas, momento em que serão examinados os recursos extraordinário nº 603.606/RO e especial nº 1.574.681/RS, mais os habeas corpus nºs 598.051/SP e 663055/MT, do Superior Tribunal de Justiça.

No segundo momento, será apresentada uma leitura diversa da comumente aceita pela jurisprudência nacional acerca do assunto, enfatizando algumas questões pouco trabalhadas nas decisões pelos julgadores, como a possibilidade de se ingressar em domicílio de outrem para fazer o flagrante delito somente nos casos de crimes de maior gravidade; como a leitura restrita dos crimes permanentes; a seletividade dos domicílios que são alvos da entrada de terceiros, na maioria das vezes as residências localizadas nas periferias das grandes cidades.

Diante de todas as questões acima expostas, após serem analisadas, trabalhadas e explicadas, será possível fazer uma nova interpretação a respeito do flagrante domiciliar de tráfico de drogas.

2. A TENSÃO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E A PERSECUÇÃO PENAL POR PARTE DO PODER PÚBLICO

A entrada de terceiros (na maioria das vezes feitas por policiais ou guardas municipais) em domicílios alheios para apreender drogas¹ e, consequentemente, realizar a prisão em flagrante, traz, de um lado, o conflito entre o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (que é uma modalidade de direito à intimidade) e, de outro, o poder de persecução penal por parte do Estado/Poder Público.

A situação acima mencionada possui, aparentemente, respaldo constitucional, uma vez que o artigo 5º, XI² consagra o direito à inviolabilidade de domicílio, mas excepciona, em algumas situações, esse direito, como é o caso do flagrante delito.

Neste capítulo será exposta a tensão entre o direito à intimidade (especificamente voltado para a inviolabilidade de domicílio) e a persecução penal, sendo que em relação ao primeiro, serão tratados o seu conceito e as suas exceções (não incluindo o flagrante delito, que será apreciado em capítulo próprio), e, no que diz respeito à segunda, o foco será no paradigma filosófico do contrato social e na persecução ao tráfico de drogas.

2.1 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E COMO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à inviolabilidade de domicílio está previsto expressamente na Constituição brasileira no mencionado artigo 5º, XI, não restando qualquer dúvida quanto à sua afirmação como direito fundamental, pois o artigo 5º trata

¹ A palavra “droga” utilizada neste trabalho remete às drogas ilícitas, sendo vedada a sua utilização e o seu comércio pela Portaria nº 344/1.998 da ANVISA.

² 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.

de direitos e garantias fundamentais, conforme o nome do título em que esse artigo está inserido.³

A atual Constituição brasileira, em vigor desde outubro de 1.988, não foi a primeira a consagrar expressamente a inviolabilidade de domicílio. Todas as Constituições anteriores já previram esse direito, embora algumas delas de forma mais restrita e genérica que outras.⁴

Ademais, além do texto constitucional brasileiro, outros documentos e tratados internacionais também dispõem sobre a inviolabilidade de domicílio, como a Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de San José de Costa Rica, no seu artigo 11.2⁵, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.⁶

Além de ser um direito fundamental, a inviolabilidade de domicílio também é caracterizada como uma forma de direito à intimidade ou à privacidade. O reconhecimento desse direito, além da importância que possui na

³ TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

⁴ Constituição Imperial de 1.824, artigo 179, VII: “*todo Cidadã tem em sua casa um asylo inviolável. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada no casos e, pela maneira, que a Lei determinar.*” Primeira Constituição Republicana de 1.891, artigo 72, § 11: “*a casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescritos na lei.*” Constituição de 1.934, artigo 113, n. 16: “*a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.*” Constituição de 1.937, artigo 122, n. 6: “*assegura-se a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.*” Constituição de 1.946, artigo 141, § 15: “*a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá penetrar nela a noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, for dos casos e pela forma que a lei estabelecer.*” Constituição de 1.967, artigo 150, § 10 e Emenda n. 1 de 1.969, artigo 153, § 10: “*a casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.*” SARLET, Ingo Wolfgang e WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e Direito Penal**. Temas Atuais e Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 114 e 115.

Interessante observar que a Constituição de 1.937 foi a que tratou de forma mais genérica e pouco conclusiva a questão da inviolabilidade de domicílio, fazendo menção às hipóteses de relativização na expressão aberta “*exceções expressas em lei*”.

Importante destacar que as Constituições de 1.891, 1.934 e 1.946 utilizaram o termo “*senão para acudir as vítimas de crimes ou desastre*”, ao invés da frase “*flagrante delito*” usada pela Constituição de 1.988 o que, em se tratando de tráfico de drogas e outros delitos sem vítima concreta, traz mudança significativa, impedindo a entrada de terceiros em domicílios de outrem para realizar a prisão em flagrante.

⁵ **Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.**

⁶ **Artigo 17. 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.**

vida individual das pessoas, é fundamental para a separação da vida pública da vida privada. Trata-se da passagem, em um lento e contínuo progresso, do gregarismo ao individualismo, que levou à interiorização e à introspecção, momento em que se conferiu ao ambiente doméstico um caráter essencialmente privado.⁷

Na Grécia e na Roma antiga é possível encontrar discussão a respeito do público e do privado⁸, mas é a partir da positivação dos direitos, no século XVIII⁹, que o direito à intimidade começou a ganhar mais destaque¹⁰, tanto que a atual Constituição brasileira dispõe, no artigo 5º, X, que a vida privada e a intimidade são invioláveis¹¹, e nos dois incisos seguintes dispõe a respeito de duas modalidades de direito à intimidade: a inviolabilidade de domicílio e a inviolabilidade de correspondência.¹²

Abordando-se especificamente o direito à inviolabilidade de domicílio, nota-se que o texto constitucional utiliza a palavra “casa”, ao invés da palavra “domicílio”, podendo gerar dúvidas quanto à abrangência e a amplitude desse direito constitucional. Apesar do termo “casa” empregado pelo legislador constituinte originário, a expressão deve ser interpretada de forma abrangente, ou seja, não apenas a casa propriamente dita, mas todo o ambiente residencial (apartamentos, *trailers*, acampamentos ou assentamentos do MST – Movimento

⁷ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999. p. 3.

⁸ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999. p. 5.

⁹ Existe uma razão para que o direito à intimidade tenha adquirido relevância nessa época: conter os abusos do poder público. Na época do absolutismo monárquico era frequente que se expedissem mandados de busca e apreensão desnecessários e se realizassem prisões arbitrárias. AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999. p. 128.

¹⁰ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999. p. 11 e 12.

¹¹ 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: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹² 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; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

dos Sem Terra - ou MTST – Movimento dos Trabalhadores Sem Teto), independentemente de ser própria, alugada ou ocupada.¹³

O conceito de domicílio também abrange aposentos de habitação coletiva como, por exemplo, quartos de hotel e motel, pensionato ou as habitações popularmente conhecidas como “cortiços”.¹⁴ Também abarca a parte externa das residências ou habitações, como garagem, jardim, terreno, gramado, plantações, incluindo todo o limite territorial da propriedade privada.¹⁵

Por fim, o escritório ou o local onde são desenvolvidas atividades profissionais também é incluído dentro do conceito de domicílio, além de clubes recreativos.¹⁶

O domicílio se refere a um espaço em que a pessoa goza da tranquilidade e tem o direito de que terceiros não autorizados não atrapalhem esse momento, o que acaba resultando na sua inviolabilidade. Trata-se de um direito à vida privada e à intimidade, que mesmo pessoas públicas (políticos, funcionários públicos, personalidades midiáticas), em algum momento do dia, possuem esse direito.

Conforme explica Vânia Siciliano AIETA:

“É no ambiente doméstico, junto à família mais próxima, que o indivíduo se recolhe para cuidar de seus assuntos mais reservados, para que estejam distantes dos olhares censores e de controle. A necessidade de isolamento doméstico representa uma demanda de todo e qualquer indivíduo, pois todos clamam pelo chamado “*santuário do lar*”.”¹⁷

Nesse mesmo sentido afirma José Afonso da SILVA “*que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana.*”¹⁸

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 432.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 432.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 432.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 431.

¹⁷ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999. p. 126.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 207.

Cuida-se da proteção da vida privada e do livre desenvolvimento da personalidade, atribuindo-se às pessoas o intuito de lhes assegurar um espaço físico de descanso, de não serem importunadas, não se confundindo com o direito de posse e nem o direito de propriedade.¹⁹

A inviolabilidade de domicílio tem como uma de suas principais características a proteção espacial do indivíduo, que nada mais é do que uma proteção em relação a terceiros, que quando violada, a liberdade pessoal da pessoa também está comprometida.²⁰ Assegurar a inviolabilidade de domicílio é assegurar o segredo doméstico, impedindo interferências indesejadas de terceiros e valorizando o momento de estar só, ou com sua família, que toda pessoa tem, ou seja, é o direito de vida doméstica livre da intromissão de estranhos ou terceiros não desejados.

O segredo doméstico, abrangido pelo conceito de domicílio como asilo inviolável, possui algumas características como a liberdade das relações familiares (liberdade de viver sob o mesmo teto); liberdade nas relações entre as pessoas que habitam o mesmo domicílio (por exemplo, pais e filhos); e liberdade sexual (intimidade sexual).²¹

Os destinatários ou as pessoas titulares desse direito são todos os habitantes do domicílio, bem como os possuidores, proprietários ou detentores do bem imóvel. É possível que pessoas jurídicas também sejam titulares, com a ressalva de que a inviolabilidade abrange somente os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica, ou seja, somente os locais físicos onde se situam os centros de direção da sociedade ou onde estão guardados os documentos ou bens essenciais da empresa.²²

2.1.1 As Hipóteses de Relativização do Direito à Inviolabilidade de Domicílio

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e Direito Penal**. Temas Atuais e Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 116.

²⁰ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999. p. 127.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 207.

²² SARLET, Ingo Wolfgang e WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e Direito Penal**. Temas Atuais e Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 120.

O texto constitucional, ao tratar a inviolabilidade de domicílio como um direito fundamental, estipula também algumas formas de exceção, limites ou relativização, que serão abordados neste subcapítulo.

Sem o consentimento do morador, terceiros só podem ingressar em domicílios alheios para prestar socorro; em casos de desastre; cumprir ordem judicial, durante o dia; ou em alguma situação de flagrante delito, conforme a literalidade do artigo 5º, XI da Constituição brasileira.

No que se refere à prestação de socorro, ela está relacionada com um acontecimento de saúde, com uma enfermidade que a pessoa titular do direito pode sofrer, como, por exemplo, desmaios, infarto, dentre outras²³, ou seja, é uma situação em que uma vida humana está em risco, razão pela qual o legislador constituinte resolveu dispensar a autorização do titular do direito para que terceiros prestem socorro.

Quanto ao caso de desastre, ele diz respeito às situações de calamidades, naturais ou não, como a inundação, deslizamento de terras ou incêndio.²⁴ Trata-se, assim como a prestação de socorro, de evento em que a vida humana está em perigo e, para resguardá-la, admite-se o ingresso de terceiros sem o consentimento do morador.

O cumprimento de ordem judicial, durante o dia, também é outra forma de exceção à inviolabilidade de domicílio prevista no texto constitucional. A determinação judicial pode se referir a um mandado de prisão ou de busca e apreensão.

Importante destacar que o mandado de busca e apreensão não pode ser genérico, devendo especificar os objetos que serão apreendidos, sob pena da autoridade incorrer no delito de violação de domicílio.

Uma dúvida sobre o cumprimento da ordem judicial paira sobre a expressão “durante o dia”, prevista no artigo 5º, XI da Constituição. Entende-se por dia todo o momento abrangido pelo nascer e o pôr do sol.²⁵ Para fins de

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 434.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 433.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 434.

horário, o dia começa às 06:00 (seis) horas e se encerra às 18:00 (dezoito) horas, de modo que a ordem judicial só pode ser cumprida nesse período.²⁶

A respeito dessa modalidade de mitigação da inviolabilidade de domicílio, as questões mais essenciais são essas apresentadas, até porque o foco deste trabalho não é ela (nem as outras duas já analisadas), mas sim o flagrante delito. Ele é a relativização do direito à inviolabilidade de domicílio que mais interessa para os fins deste trabalho, pois é a situação de flagrância que permite o ingresso de terceiros em domicílios alheios para apreender drogas, de modo que o flagrante delito será abordado em um capítulo próprio no presente trabalho. Mas antes será preciso, ainda neste capítulo, abordar a questão da persecução penal pelo poder público.

2.2 A PERSECUÇÃO PENAL ESTATAL

Ao colocar o flagrante delito e o cumprimento de ordem judicial, durante o dia (das seis horas até as dezoito horas) como duas das quatro formas de mitigação da inviolabilidade de domicílio, percebe-se que o legislador constituinte deu ênfase à persecução penal estatal como uma das formas de relativização do direito à inviolabilidade de domicílio, criando um “choque” ou um “atrito” entre o direito do cidadão de não ser incomodado em seu lar e o poder estatal de perseguir e, eventualmente, punir condutas criminalizadas.

Conforme já mencionado, das duas formas acima citadas, a mais importante para este estudo é o flagrante delito, justamente porque é a situação flagrancial que permite o ingresso de terceiros em domicílios de outrem para apreender substâncias ilícitas.

Importante se questionar se realmente a prisão em flagrante consiste em uma hipótese de persecução penal. Aparentemente, sim. Caso a prisão em flagrante se destinasse a tão somente cessar a flagrância, talvez seria possível sustentar que ela não é uma modalidade de persecução penal, pois não traria nenhum outro efeito, a não ser a cessação da flagrância.²⁷ Mas dela resulta um

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 437.

²⁷ Mesmo nessa situação, ainda seria possível sustentar o fundamento persecutório da prisão flagrante, uma vez que ainda que a prisão em flagrante só tivesse a finalidade de conter o estado

Auto de Prisão em Flagrante Delito e um Inquérito Policial que poderão redundar em um Processo Penal e, eventualmente, em uma sentença penal condenatória, o que demonstra, por si só, o caráter persecutório do flagrante delito.

O conceito de persecução penal não abrange somente a fase investigativa/pré-processual, mas todo o aparelho de justiça criminal, que vai desde a Polícia Ostensiva e a Judiciária até a execução penal/cumprimento da pena criminal, incluindo todas as pessoas que fazem parte desse ritual, como, por exemplo, os agentes penitenciários, julgadores, policiais, membros do Ministério Público, defensores, ou seja, funcionários e operadores do sistema penal, constituindo, assim, a chamada criminalização secundária²⁸. No conceito de persecução penal, também é abarcado o Poder Legislativo, pois este poder está atrelado à criação da lei penal, naquilo que é denominado de processo de criminalização primária.²⁹

A persecução penal estatal, da forma como conhecemos hoje, teve início com a formação do Estado moderno no século XIII³⁰, com o surgimento dos conceitos de “Estado”, “Monarquia”, “Soberania”, “burocracia”, “delito”, “punição”, “investigação”, “verdade”, que são algumas das características do denominado Estado moderno.³¹

Uma das principais características do sistema penal moderno é o confisco do conflito por parte do Estado.³² Nesse modelo, o poder público se apropria do conflito (delitos em que há um autor e uma vítima), sustentando que

de flagrância, os agentes estatais (ou mesmo uma pessoa comum) agiriam de acordo com a lei penal e usariam (ainda que em um curto espaço de tempo) da prisão.

²⁸ A criminalização secundária, nas palavras de Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR e Nilo BATISTA: “*é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.*” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 43.

²⁹ Já a criminalização primária, segundo Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR e Nilo BATISTA: “*é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.*” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 43.

³⁰ O século XIII está dentro da Idade Média, período que teve início em 476 d.c. (queda do Império Romano) e foi até 1.453 d.c. (tomada da Constantinopla). Embora, tecnicamente, o século XIII esteja dentro da fase histórica denominada de Idade Média, é possível sustentar que o Estado moderno teve seus primórdios ainda no período medieval. Ademais, as nomenclaturas e os anos escolhidos para separar os momentos históricos são invenções dos historiadores para melhor compreender alguns períodos da História.

³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 37.

³² Embora seja possível encontrar no Império Romano o confisco do conflito, foi na modernidade que ele se consolidou e se estruturou.

a sua resposta é a melhor (ou a menos pior) para as partes. Trabalha-se com a ideia de que o crime não ofende somente a pessoa da vítima, mas também o corpo do rei (no absolutismo monárquico) ou a sociedade (após a revolução francesa).³³ É a ideia do criminoso como inimigo social, que coloca em perigo todo o corpo social e, ao agir desse forma, está em guerra com a sociedade.³⁴

O confisco do conflito representou a passagem do modelo de solução entre as partes (onde elas protagonizam o conflito), para o de decisão vertical (onde o poder público impõe a sua vontade e a vítima é deixada de lado, sem levar em consideração a vontade dela, razão pela qual ela passa a ser tratada apenas como um signo ou um objeto).³⁵

Outrossim, para fundamentar o modelo confiscatório, é invocada, também, a limitação da reação da vítima, pois supõe-se que no modelo de solução das partes a pessoa ofendida pode ter uma reação desproporcional contra o seu ofensor. Nesse sentido, esse modelo, supostamente, é mais favorável ao acusado, uma vez que o ímpeto vingativo da vítima é detido pela resposta apresentada pelo Estado. Ocorre que, sob o pretexto de limitar a vingança da pessoa ofendida, ela tem a sua condição de pessoa humana descartada³⁶, tendo em vista que, nesse modelo, a vítima é tratada apenas como um objeto ou somente um meio de prova.³⁷

Finalmente, quando se fala da persecução penal no Estado moderno, deve-se citar o contrato social, haja vista que o nosso sistema penal está

³³ FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. Curso no Collège de France (1.972-1.973). Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 33.

³⁴ FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. Curso no Collège de France (1.972-1.973). Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 32 e 33.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 384.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 384.

³⁷ Por exemplo, o delito de estupro. No modelo do confisco do conflito, o poder punitivo nada faz para atenuar o sofrimento da vítima. Na fase investigativa, a ofendida tem que passar por todo o constrangimento de fazer exames no Instituto Médico Legal (IML) que resultarão nos Laudos de Conjunção Carnal e Ato Libidinoso, além de prestar depoimento, via de regra, na Delegacia de Polícia (um ambiente hostil e nada colhedor), ocasionado mais sofrimento e desgaste. Na audiência de instrução, revive novamente toda a situação, gerando mais sofrimento, configurando aquilo que é denominado de “revitimização”, e, finalmente, na sentença, a palavra da vítima é apenas utilizada como um meio de prova para condenar o agressor, o que faz perceber que a vítima é tida apenas como um objeto dentro desse ritual.

fundado, filosoficamente, no discurso contratualista.³⁸ Nele, parte-se do pressuposto de que o homem é um ser racional, dotado de livre arbítrio que, quando pratica a ação delitiva, age livremente.³⁹ Ele pressupõe a existência de dois “estados”: 1) o de natureza, onde existe uma “guerra perpétua de todos contra todos”; 2) o civil, onde o indivíduo, ao ingressar no tecido social, abdica de parte de sua total liberdade para evitar a “guerra de todos contra todos”, e assim viver de forma segura e ordeira dentro do conjunto social.⁴⁰

O contrato social nada mais é do que um suposto consenso social, em que os indivíduos “pactuam” livremente (passagem do estado de natureza para o estado civil) com as regras e as leis existentes e, caso descumpra essas leis, será, de uma forma ou de outra, sancionado. Nesse sentido, o comportamento delitivo representa a violação do pacto social (a sociedade como um todo)⁴¹, momento em que surge a ideia (já citada) de que o crime não ofende apenas a pessoa do ofendido e o infrator é tratado como um inimigo social. É a ideia que remete à ideologia da defesa social.⁴²

Assim sendo, Michel FOUCAULT define o rompimento do contrato social e a criação do inimigo social:

“A partir do século XVIII, assiste-se à formulação da ideia de que o crime não é simplesmente uma culpa, aquela categoria de culpa que causa dano a outrem, mas de que o crime é aquilo que prejudica a sociedade, ou seja, de que é um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entra em guerra contra sua própria sociedade. O crime é um ato que reativa de modo provisório, sem dúvida, e instantâneo a guerra de todos contra todos, ou seja, de um contra todos. O criminoso é o inimigo social, e, desse modo, a punição não deve ser a reparação do prejuízo causado a outrem nem o castigo da culpa, mas uma medida de proteção, de contraguerra que a sociedade tomará contra este último.”⁴³

³⁸ Embora existam vários contratualismos (os mais conhecidos são os de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau) e eles apresentarem diferenças entre si, nas suas essências eles são similaridades.

³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 14.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 14.

⁴¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 15.

⁴² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 31.

⁴³ FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. Curso no Collège de France (1.972-1.973). Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 31.

Por último, o contrato social foi (e é) o fundamento do modelo de Direito e de Estado encontrado (e imposto) pela burguesia⁴⁴, o que, obviamente, será favorável aos ideais burgueses.

Tanto o confisco do conflito, quanto o contrato social, como fundamentos do Estado Penal moderno são criticáveis.

Em relação ao confisco do conflito por parte do poder público, a principal crítica é o fato da pessoa ofendida deixar de ser protagonista da relação. Conforme já mencionado, nesse modelo a vítima é deixada de lado, é tratada apenas como um objeto, um meio de prova. O poder punitivo nada faz para atenuar o seu sofrimento. Toda o ritual característico do processo penal só aumenta o sofrimento ao fazer com que o ofendido rememore toda a situação fática delitiva.

Também é importante destacar que o modelo punitivo confiscatório não é um modelo de solução de conflitos, mas sim de decisão vertical de poder.⁴⁵ A forma vertical de organização social, embora possa ser encontrada na antiguidade, em especial na sociedade romana, foi a partir do surgimento do Estado moderno que ela pôde melhor ser identificada, com a hierarquização e a formação das classes sociais.⁴⁶

Outra crítica ao confisco do conflito é o caráter seletivo do poder punitivo estatal. Todo poder punitivo nas mãos do poder público é seletivo, pois as características confiscatórias, estruturais e hierarquizantes garantem a seletividade do sistema.⁴⁷ A respeito da seletividade do poder punitivo estatal, explica Eugenio Raúl ZAFFARONI: *“o pretexto de limitar a vingança da vítima ou de suprir sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa, tirar-lhe humanidade. A invocação à dor da vítima não é senão uma oportunidade para o*

⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 14.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 20.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 20.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos**. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.

exercício de um poder que a respectiva seletividade estrutural torna bitolado e arbitrário.”⁴⁸

Ainda que exista um movimento de trazer ou dar visibilidade à vítima dentro do modelo confiscatório⁴⁹, impossível de fazê-lo dentro desse modelo, onde a vítima (e o conflito) é confiscada e ela é tratada como um objeto. Só com a abolição desse modelo e a inserção de outro que realmente conceda participação e visibilidade à pessoa ofendida, como, por exemplo, o modelo denominado de “justiça restaurativa”.⁵⁰

Finalmente, o argumento comumente invocado para sustentar o modelo confiscatório, o de que ele evita uma reação ou vingança desproporcional por parte da vítima, ele não é de todo correto, pois uma suposta vingança ou reação excessiva do ofendido poderia eventualmente acontecer nos crimes mais graves, brutais ou violentos, e não em todos os crimes. Além disso, em nosso ordenamento jurídico há uma série de tipos penais em que não há uma vítima concreta, o que, por si só, não é capaz de levar a uma reação privada excessiva por parte da pessoa ofendida, justamente pela ausência de vítima (como é o caso do crime de tráfico de drogas, conforme será melhor demonstrado adiante).

Em relação ao contrato social, a primeira crítica se refere ao caráter consensual desse instituto. Ele parte do pressuposto de que todas as pessoas estão de acordo com as normas, leis, fundamentos impostos. A premissa consensual ignora o caráter conflitual das relações sociais e de boa parte do direito. O método dialético (seja ele materialista ou idealista), por exemplo, que trabalha com a premissa do conflito (tese, antítese, síntese), é uma demonstração de que o discurso consensual, encampado pelo contratualismo, é facilmente criticável.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 384.

⁴⁹ MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**. O Processo Penal sob a Perspectiva da Vítima. Curitiba: Juruá, 2012; RODRIGUES, Roger de Melo. **A Tutela da Vítima no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2014; BURKE, Anderson. **Vitimologia**. Manual da Vítima Penal. Salvador: JusPodivm, 2019.

⁵⁰ A respeito da justiça restaurativa, importante as considerações feitas por André GIAMBERARDINO no livro *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa*. Dentre os muitos assuntos abordados na obra, destaca-se aquele que trata a justiça restaurativa como um modelo de solução de conflitos que resgata a participação das partes (incluindo, obviamente, a vítima), algo totalmente diverso do modelo do confisco do conflito. GIAMBERARDINO, André. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**. A Censura Para Além da Punição. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 152-175.

Dentro do Direito Penal, se analisarmos, a título de exemplo, o tipo penal do aborto, podemos verificar que não existe consenso/acordo quanto à existência desse crime, pois parte da sociedade é contrária a criminalização do aborto, uma vez que, segundo essa corrente, esse delito representa o caráter patriarcal do direito e impede a igualdade de gênero.⁵¹

O fato é que o contrato social é uma ficção ou, nas palavras de Michel FOUCAULT, “*é um blefe e a sociedade civil é uma história para criancinhas*.”⁵² Ele trabalha com a ideia de que existe uma legitimidade prévia e inerente do poder punitivo estatal, mas a verdade é que não existe uma legitimidade intrínseca do poder (qualquer poder).⁵³

Críticas similares são feitas por Jacson ZILIO, para quem o contratualismo é “*anacrônico e antidemocrático*”.⁵⁴ Segundo esse autor, o contratualismo, seja no plano vertical ou horizontal:

“(...) representa uma invenção ficcional, que não serve para outra coisa senão para o debilitamento de qualquer discurso penal racional. Há riscos reais à liberdade no contexto das democracias modernas ocidentais, especialmente naquelas formais em que se tem extrema desigualdade social. O contratualismo é excludente. Logo, não serve para um regime liberal e democrático. De lembrar que os filósofos principais da corrente contratualista são de clara postura antiliberal. É difícil ou talvez impossível conciliar as doutrinas filosóficas sob uma ideia central de contrato social. Afinal de contas, a pequena e quase inexistente uniformidade não tem nenhuma relevância jurídico-penal, tanto é assim que inclusive em muitos pontos as concepções são radicalmente contraditórias.”⁵⁵

Por fim, importante mencionar as críticas feitas pela criminologia crítica ao contratualismo. O discurso contratualista está criminologicamente inserido na denominada Escola Clássica, que tem como pressuposto o livre arbítrio e a igualdade perante a Lei, partindo da premissa de que a prática delitiva é uma

⁵¹ DENORA, Emmanuella. **(Re)Apropriando-se de Seus Corpos**. Direito das Mulheres ao Aborto Seguro e à Dignidade Reprodutiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 126-142.

⁵² FOUCAULT, Michel. **Do Governo dos Vivos**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 72.

⁵³ FOUCAULT, Michel. **Do Governo dos Vivos**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 72.

⁵⁴ ZILIO, Jacson. **Direito Penal de Exceção**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020. p. 145.

⁵⁵ ZILIO, Jacson. **Direito Penal de Exceção**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020. p. 145.

escolha livre e racional da pessoa, que optou por descumprir o contrato social (que aderiu livremente) ao praticar o crime.⁵⁶

Nessa linha de raciocínio, a pena criminal não é tanto um meio para interferir no sujeito que praticou a ação delitiva, pretendendo modificá-lo, como um meio legal para defender a sociedade do crime por meio da dissuasão ou contramotivação da prática do delito⁵⁷, ou seja, a Escola Clássica, por meio do contrato social, não busca corrigir o indivíduo (prevenção especial positiva), mas sim intimidar a pessoa para que ela não pratique infrações penais (prevenção geral negativa).

Portanto, a Escola Clássica sustenta que a pessoa que praticou o delito é normal, que o crime é a violação do Direito que ocorreu pela livre vontade do agente, que a pena é uma necessidade de defesa social e o contrato social é o fundamento do Estado e do Direito.⁵⁸

A crítica criminológica afirma que os pressupostos do contrato social (liberdade de vontade e igualdade perante à Lei) ignoram as desigualdades materiais da vida social capitalista.

Assim explica Juarez CIRINO DOS SANTOS:

“Esse esquema de compreensão do modelo social encerra uma contradição, que está na origem de sua destruição: a autodeterminação racional, que fundamenta a responsabilidade individual, é o aspecto filosófico dos parâmetros utilitários da organização social, mas a conduta social é condicionada pelo direito de propriedade capitalista, desigualmente distribuída entre os sujeitos do pacto social. Logo, uma concreta desigualdade social em propriedades materiais confere um caráter abstrato à igualdade perante a lei, porque indivíduos desiguais em propriedade são desiguais em utilidade e em poder social, e, assim, as desigualdades de linhagem do regime feudal são substituídas pelas desigualdades em riqueza e poder da formação social capitalista, estruturando-se as classes sociais pela posição na contradição capital/trabalho assalariado, como proprietários do capital e portadores de força de trabalho.”⁵⁹

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 14 e 15.

⁵⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 31.

⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 17.

⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021. p. 17 e 18.

À vista disso, o contrato social como fundamento do Direito Penal (e do Direito como um todo) não considera as desigualdades sociais próprias da sociedade capitalista, sendo elas fundamentos para a crítica da igualdade perante à Lei e da livre vontade, que muitas vezes leva à atuação seletiva por parte do poder punitivo estatal.

Feitas essas considerações, passa-se agora a tratar especificamente da perseguição penal ao tráfico de drogas, já que é ela que permite o ingresso de terceiros em domicílios alheios para apreender drogas.

Ela tem início, da forma como conhecemos hoje⁶⁰, na década de 1.970, e, especificamente no Brasil, a partir da Lei nº 6.368/76.⁶¹ O Direito Penal das drogas apresenta algumas diferenças em relação ao Direito Penal tradicional, do confisco do conflito. Os delitos relacionados às drogas estão previstos, no Brasil, na Lei nº 11.343/2006 e, ao analisá-los, percebe-se uma feição diferente em relação aos delitos que compõem o Direito Penal tradicional ou clássico. Este trabalha com crimes em que há uma vítima concreta, em que um bem jurídico é lesionado (e não apenas colocado em perigo), onde os tipos penais que possuem poucos verbos nucleares e onde os tipos penais procuram ser o mais fechado possível.

O tráfico de drogas (que é o principal delito da Lei nº 11.343/2006 – artigo 33) segue uma lógica totalmente diferente da acima mencionada. Primeiramente, no tráfico de drogas (e em todos os tipos penais da Lei de Drogas) não há uma vítima concreta. Ninguém está sendo atingido diretamente pelo crime. Trata-se de um crime de perigo, pois as condutas previstas no tipo penal de tráfico de drogas colocam em perigo (e não lesionam) o bem jurídico saúde pública⁶². No tráfico de drogas (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) existem

⁶⁰ Difícil precisar quando exatamente começou a guerra às drogas tornadas ilícitas por meio da perseguição penal estatal, mas é importante ressaltar que por trás dela está o discurso proibicionista. Embora possa ser encontrado na antiguidade, foi no início da modernidade que o proibicionismo das drogas ficou mais evidente. Ver CARNEIRO, Henrique. **Drogas. A História do Proibicionismo**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Barcelona: Espasa, 2019.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 71.

⁶² O discurso oficial de que o tipo penal de tráfico de drogas “protege” a saúde pública é questionável. Primeiramente, porque é possível a pessoa praticar qualquer daqueles verbos previstos no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, afinal, como o próprio artigo dispõe, se o agente tiver *autorização legal ou regulamentar*, ele não será responsabilizado criminalmente. Dessa forma, em relação ao bem jurídico, pode-se concluir que o objetivo do tipo penal não é a proteção da saúde pública (pois se realmente fosse a saúde pública, em nenhuma hipótese seria

dezoito verbos nucleares do tipo penal⁶³, ao passo que no crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) só há um verbo nuclear.⁶⁴ Por fim, no tráfico de drogas o legislador não esgota o tipo penal, uma vez que utiliza uma técnica de reenvio (norma penal em branco heterogênea ou em sentido estrito) em que o complemento da norma é realizado por uma Portaria da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Poder Executivo – Portaria nº 344/1.998).

Trata-se de um fenômeno que se aprofundou e se expandiu a partir da segunda metade do século XX, onde, partindo da premissa da função do sistema como uma forma de proteção de bens jurídicos, houve uma explosão na criação de tipos penais que, em sua maioria, tendem a “proteger” bens jurídicos coletivos, supraindividuais e espiritualizados.⁶⁵

Por trás desse discurso, encontra-se a ideia de que o mundo está globalizado, de que estamos em uma sociedade pós-moderna, em uma sociedade de risco⁶⁶, de economia financeira globalizada, razão pela qual

admissível a prática dos verbos elencados no tipo penal), mas sim o controle da circulação (incluindo a venda) das substâncias rotuladas de drogas ilícitas.

Outrossim, sustentar a criminalização do tráfico de drogas como um meio de proteção da saúde pública gera uma interpretação equivocada, uma vez que é passada a impressão de que se está punido em crime de dano, quando a natureza do crime é de perigo. DAVID, Décio Franco; TRENTA, Gustavo Christoffoli. **Constatações Sobre a Política Repressiva Antidrogas: Seletividade Penal e Falácia do Bem Jurídico Saúde Pública. 10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais.** Orgs. CARVALHO, Érica Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 596.

Ademais, o termo “saúde pública” é impreciso, serve como argumento de autoridade, de modo que é uma contradição o poder público criminalizar o tráfico de drogas (em nome da garantia da saúde pública), uma vez que a criminalização do comércio e circulação dessas substâncias tem causado mais danos que o próprio crime, tendo em vista que o número de pessoas mortas pela guerra às drogas é superior ao número de pessoas que morrem pelo consumo dessas substâncias, sem contar o hiperencarceramento, que impõe dor e sofrimento aos envolvidos. DAVID, Décio Franco; TRENTA, Gustavo Christoffoli. **Constatações Sobre a Política Repressiva Antidrogas: Seletividade Penal e Falácia do Bem Jurídico Saúde Pública. 10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais.** Orgs. CARVALHO, Érica Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 596 e 597.

⁶³ Art. 33. *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas (...).*

⁶⁴ Art. 121. *Matar alguém.*

⁶⁵ SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal.** Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

⁶⁶ O termo “sociedade de risco” foi criado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. No livro que leva esse nome, o referido autor, partindo da premissa dos conceitos de pós-modernidade e pós-industrialismo, sustenta que o avanço tecnológico, industrial e nuclear (que são criações humanas) são responsáveis pelas grandes catástrofes (ambientais, nucleares, tecnológicas) capaz de atingir milhões de pessoas, ultrapassando fronteiras e colocando em risco à vida no planeta, ou seja, não é mais o risco individual, mas sim o risco global, que é capaz de atingir

deposita-se no poder punitivo a confiança para diminuir ou antecipar os riscos por meio da criação de tipos penais para reprimir a mera conduta ou a mera colocação de determinados bens jurídicos em perigo.

Ademais, esse modelo de pensamento difunde a ideia do constante medo, onde o cidadão sente-se inseguro a todo momento. Assim explica Jésus-Maria Silva SÁNCHEZ:

“Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os “novos riscos” – tecnológicos e não tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.”⁶⁷

Portanto, é um fenômeno em que o Direito Penal tem por finalidade proteger determinados bens jurídicos (bens jurídicos estes que são essenciais para o mundo contemporâneo, mas que não eram tão essenciais em outras épocas) e por meio da prevenção, controle ou gestão dos riscos que se originaram do desenvolvimento tecnológico, nuclear, científico e industrial que podem gerar riscos catastróficos a nível planetário.⁶⁸

Muitas nomenclaturas são colocadas para esse evento, como Direito Penal do risco⁶⁹, Direito Penal econômico⁷⁰, administrativização do Direito Penal⁷¹. Independentemente do rótulo, importante notar que se trata de um

todas as pessoas do mundo, independentemente da classe social. BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma Outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23-60.

⁶⁷ SANCHÉZ, Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40 e 41.

⁶⁸ SOARES, Gleison dos Santos. **Direito Penal do Risco**. A ilegitimidade do Direito Penal do Risco no Estado Democrático de Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2018. p. 66.

⁶⁹ SOARES, Gleison dos Santos. **Direito Penal do Risco**. A ilegitimidade do Direito Penal do Risco no Estado Democrático de Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2018.

⁷⁰ CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico x Direito Penal Convencional**. A engenhosa arte de criminalizar os Ricos Para Punir os Pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 50.

mesmo fenômeno, em que o processo de criminalização não é aquele modelo clássico do confisco do conflito.

Jésus-Maria Silva SÁNCHEZ trabalha com a ideia das “velocidades” do Direito Penal.⁷² Para o referido autor, a primeira velocidade é o Direito Penal citado no começo deste subcapítulo, em que há o confisco do conflito por parte do Estado, onde as principais criminalizações se referem aos bens jurídicos individuais, quando a prisão é a principal forma de punição e há respeito pelos direitos e garantias fundamentais tradicionais.⁷³

No Direito Penal de segunda velocidade, há uma relativização dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que, para os delitos de menor gravidade, não se sanciona com a pena de prisão (mas sim com penas restritivas de direito e multa), motivo que embasa essa relativização.⁷⁴

No que se refere ao Direito Penal de Terceira velocidade, muda-se o panorama do Direito Penal de primeira velocidade, pois a prioridade já não é mais a proteção de bens jurídicos individuais (mas sim coletivos, supraindividuais ou espiritualizados), onde a ideia do conflito entre as partes é superada (haja vista que não existe mais a vítima concreta) e, o principal fator, as punições são feitas por meio da prisão, momento em que há uma ampla relativização das garantias e dos direitos fundamentais clássicos.⁷⁵ É aqui que entra o Direito Penal de risco/econômico/pós-moderno. Desse modo, Direito Penal de terceira velocidade é uma outra forma de chamar todo esse fenômeno descrito anteriormente.

É nesse contexto que se enquadra a persecução penal ao tráfico de drogas (assim como aos demais crimes previstos na Lei nº 11.343/2006). Conforme já salientado, o tráfico de drogas é um crime de perigo, em que o bem jurídico é coletivo e parte da norma é composta de ato administrativo, além da

⁷² SANCHÉZ, Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

⁷³ SANCHÉZ, Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

⁷⁴ SANCHÉZ, Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

⁷⁵ SANCHÉZ, Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

técnica legislativa altamente repressora, que coloca muitos verbos dentro do tipo penal (no tráfico de drogas são dezoito) e penas muito elevadas para delitos de pouca gravidade.⁷⁶

Ademais, o tráfico de drogas está dentro da terceira velocidade do Direito Penal, por ter os direitos e as garantias acima mencionados relativizados e ter a prisão como principal sanção.

O Direito Penal de risco ou de terceira velocidade é problemático por várias razões. Uma delas diz respeito à relativização de princípios e garantias fundamentais. No caso do tráfico de drogas, tem-se que os tradicionais postulados da legalidade (por exemplo, nos casos da norma penal em branco) e da lesividade (por exemplo, nos casos da criminalização do perigo abstrato), são mitigados em detrimento da contenção dos supostos riscos e do eficientismo penal.⁷⁷

Nessa linha, é possível sustentar que o Direito Penal do risco é inconstitucional, por ferir os princípios basilares acima referidos. Esse também é o entendimento de Gleison dos Santos SOARES:

“A opção do Estado brasileiro pela inclusão do sistema de garantias penais fundamentais no bojo da Carta Magna de 1988 faz insurgir desconfiança acerca da compatibilidade do Direito Penal do Risco no seio do ordenamento jurídico pátrio, posto não se coadunar, em decorrência de suas particularidades, com os nortes do princípio da legalidade – pelo desrespeito à taxatividade ante a adoção de normas penais em branco como fonte principal – assim como um dos princípios da lesividade e da subsidiariedade, tendo em vista o emprego dos tipos

⁷⁶ O tráfico de drogas é punido com a pena de cinco a quinze de anos de reclusão (mais multa), pena essa absurdamente exagerada para a espécie de crime. Os delitos de perigo (todos eles) deveriam ser crimes de menor potencial ofensivo (aqueles em que a pena máxima não ultrapassa dois anos de detenção) em razão da sua pouca gravidade.

⁷⁷ No que diz respeito aos controvertidos temas da norma penal em branco e do perigo abstrato (que estão diretamente relacionados com o tráfico de drogas e, conseqüentemente, com o ingresso de terceiros em domicílios alheios para apreender entorpecentes), cumpre salientar que ambos, sozinhos, podem ser objetos de monografias, dissertações e teses (tamanho a expressividade dessas temáticas), razão pela qual não serão abordados neste trabalho. Outrossim, importante destacar a posição deste autor que é pela flagrante inconstitucionalidade, tanto da norma penal em branco em sentido estrito/heterogênea, quanto do perigo abstrato. O posicionamento acima mencionado é minoritário, mas está respaldado em respeitados autores (Juarez Tavares - TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018; Eugenio Raúl Zaffaroni - ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, por exemplo). Dentre os fundamentos que mais se destacam para confirmar a inconstitucionalidade da norma penal em branco em sentido estrito/heterogênea e a norma de perigo abstrato estão, respectivamente, a violação dos princípios da legalidade e da ofensividade.

penais de perigo abstrato e sua realização como *prima ratio* para solução dos problemas existentes na atual sociedade do risco.”

Outra crítica a esse modelo de Direito Penal é o seu caráter simbólico, e não real. A função simbólica consiste em aparentar segurança, proteção e estabilidade perante o tecido social por intermédio da criação de novos tipos penais ou da ampliação das penas dos crimes já existentes.⁷⁸

Essa função colide claramente com os pressupostos do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, pois ele precisa ser real/concreto (violar, efetivamente, bens jurídicos), e não destinado a atenuar o sentimento de medo de parte da população. Toda norma criminalizadora deve-se pautar em algo que altere, ainda que sensivelmente, a realidade.⁷⁹ Dessa forma, o denominado Direito Penal simbólico não possui legitimidade dentro do Estado Democrático de Direito, porque está fundado em ações (ou omissões) que não colocam, efetivamente, bens jurídicos em perigo; não muda sensivelmente a realidade e; trata-se de criar crimes destinados a satisfazer alguns interesses políticos.⁸⁰

Nesse sentido, convém frisar que o Direito Penal de risco acaba gerando a sensação de insegurança para a sociedade que acaba incorporando esse discurso e clamando pelo aumento dos tipos penais ou o aumento das penas dos crimes já existentes. O sistema penal, conforme sustenta Eugenio Raúl ZAFFARONI: *“não diminui qualquer risco, apenas afasta os riscos maiores, potencializa os riscos do delito comum por conta de seu efeito reprodutor, necessário para sustentar sua custosa burocracia e a indústria da segurança.”*⁸¹

Desse modo, o Direito Penal do risco não possui legitimidade no Estado Democrático de Direito, porque não exerce uma proteção efetiva ou real dos bens jurídicos.⁸²

⁷⁸ SOARES, Gleison dos Santos. **Direito Penal do Risco**. A ilegitimidade do Direito Penal do Risco no Estado Democrático de Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2018. p. 82.

⁷⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018. p. 90.

⁸⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018. p. 90.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos**. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 340.

⁸² SOARES, Gleison dos Santos. **Direito Penal do Risco**. A ilegitimidade do Direito Penal do Risco no Estado Democrático de Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2018. p. 120.

Outra consideração crítica importante é a fixação que os defensores do Direito Penal de risco têm em atribuir ao sistema penal a função metafísica de proteção de bens jurídicos.⁸³ Nesse sentido, os defensores do sistema penal como um meio de proteção de bens jurídicos ignoram os estudos criminológicos (em especial os realizados pela criminologia crítica) que apontam as falhas e as disfunções do controle penal, em especial o fracasso do sistema em cumprir com as promessas de correção, prevenção e coesão social, o que leva à potencialização e à indevida expansão do Direito Penal, ao invés de usá-lo como instrumento de mínima e casual incidência.⁸⁴

É contraditório que no modelo da sociedade de risco, onde predomina a insegurança e as instâncias da sociedade falham ou são incapazes de tudo controlar e prever, o Direito Penal assuma a função de garantir segurança e proteção de bens jurídicos.⁸⁵

Dessa forma, o Direito Penal do risco representa bem o modelo da sociedade de risco (onde prevalece o individualismo, o narcisismo, a vaidade, dentre outras características), uma vez que ele provém de um discurso narcisista, haja vista que se propõe a tudo resolver e a tudo prevenir.⁸⁶

O pensamento de Salo de CARVALHO é nessa mesma linha:

“A potência narcísica do discurso é exposta quando da atribuição ao direito penal da responsabilidade de garantir a proteção dos principais interesses da Humanidade, inclusive dos interesses das futuras gerações.

Todavia a potência retórica, por mais mobilizadora, tende a cegar o orador, impedindo-o de perceber as limitações do seu agir (científico) e sua real capacidade (política) de contribuição para minimizar os problemas derivados das novas situações. O sonho narcísico de resolução das grandes questões da civilização, tutelando a Humanidade de sua própria extinção, ao mesmo tempo em que entorpece o pensamento jurídico-penal, ofusca a realidade, fornecendo elementos irrealis para o diagnóstico e, conseqüentemente, para o prognóstico.

Com a redefinição dos fins do direito penal decorrente da assunção das noções de risco, possível verificar dupla falência em sua sistematização dogmática. À ineficácia desnudada pelas ciências sociais do controle penal (criminologia crítica) em relação às demandas

⁸³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 189.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 190.

⁸⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**. Uma Análise a Partir dos Direitos Fundamentais do Acusado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 145.

⁸⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**. Uma Análise a Partir dos Direitos Fundamentais do Acusado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 145.

envolvendo os direitos individuais é agregada nova produção de inefetividade em relação aos direitos transindividuais. O resultado, apesar de anunciado, não logra êxito em sensibilizar o narcisismo da dogmática penal. Contudo, a nervura do real irrompe demonstrando a baixíssima capacidade operacional do direito penal (e processual penal) para enfrentar novos problemas.”⁸⁷

O cenário da ampla proteção pela via criminal não só é ilusório como também é ameaçador.⁸⁸ O panpenalismo, além de colocar em risco as garantias e os direitos fundamentais, abre a possibilidade para um Estado Penal próximo do totalitarismo, caracterizado pelo encarceramento em massa (presente na nossa realidade), e a deterioração do Estado Social Democrático de Direito, ou seja, o maior risco é o desvio do poder punitivo, que pode levar ao seu descontrole e trazer consequências imprevisíveis para a população.⁸⁹

Portanto, o Direito Penal de risco (em que está inserida a persecução penal ao tráfico de drogas e, conseqüentemente, o ingresso de terceiros em domicílios de outrem para apreender drogas) representa uma grande violação ao Estado Democrático de Direito, pois: 1) afronta direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição; 2) Atribui caráter simbólico, e não real, ao Direito Penal; 3) superestima a crença na função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, ignorando todas as considerações feitas pela criminologia (em especial a vertente crítica) a respeito da pena e das reais funções do sistema penal; 4) Expande excessivamente o Direito Penal, a ponto de gerar o encarceramento em massa.

⁸⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192 e 193.

⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**. Uma Análise a Partir dos Direitos Fundamentais do Acusado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 145.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos**. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 340.

3. A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NAS SITUAÇÕES DE TRÁFICO DE DROGAS EM DOMICÍLIOS

Quando se trata do flagrante domiciliar de tráfico de drogas, obviamente, é indispensável abordar a questão flagrancial (desde o momento da captura, passando por todas as fases seguintes, até a audiência de custódia), uma vez que é a situação de flagrante delito que permite o ingresso de terceiros em domicílios alheios, sem prévia autorização judicial e a qualquer hora do dia.

Dessa forma, importante destacar que o instituto da prisão em flagrante delito está previsto constitucionalmente no artigo 5º, LXI⁹⁰, constituindo uma modalidade de prisão que é exceção a necessidade de uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.⁹¹

É uma medida que se inicia como sendo de natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada⁹², caracterizando-se como um ato complexo, dotado de vários pequenos atos, como o momento da prisão, a lavratura do auto de prisão em flagrante e a prisão-detenção.⁹³ Ela possui grande importância quando se trata de tráfico de drogas (principalmente nas situações de apreensão domiciliar de entorpecentes), uma vez que, a maioria dos processos penais decorre do estado de flagrância⁹⁴, e não de investigação preliminar feita pela Polícia Judiciária ou por qualquer outra autoridade.

A prisão em flagrante delito está relacionada com a urgência que a situação demanda, haja vista que, diante da ocorrência do delito, é preciso que

⁹⁰ 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: (...) 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.

⁹¹ ROSA, Alexandre da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 465.

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. ed. 3. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 961.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. ed. 3. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 961.

⁹⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 158. Nessa obra, o autor fez estudos de casos, analisando diversas ações penais de tráfico de drogas, de diversas cidades e de diversos estados brasileiros, onde chega à conclusão de que 88,75% dos processos penais de tráfico de drogas foram originados da prisão em flagrante, ou seja, situações que inexistem qualquer investigação prévia por parte das autoridades (Polícia Judiciária e Ministério Público).

a prática ilícita cesse.⁹⁵ São situações em que a prática delitiva é evidente e manifesta⁹⁶, motivo que justifica o uso moderado da violência para conter tal prática.

Conforme se verificará adiante, a possibilidade da prisão em flagrante delito não é só possível no exato momento do crime ou logo após a sua ocorrência, mas também quando há a perseguição ao autor da infração ou quando o agente é encontrado com objetos referentes ao ato delitivo.

Ao analisar a etimologia da palavra “flagrante”, nota-se que ela deriva do termo em latim “flagrare”, que significa “queimar” ou “crepitar”.⁹⁷

Quanto à flagrância, Fauzi Hassan CHOUKR a define como “*uma situação de fato (estado) que, dentro das restritas hipóteses legais previstas, autoriza que seja proferida a denominada “voz de prisão em flagrante” a qual, como regra na investigação da criminalidade ordinária, acarreta a lavratura do auto de prisão em flagrante*”.⁹⁸

Nesse mesmo sentido assinala Aury LOPES JR. que “*a certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor*.”⁹⁹

Portanto, compreende-se o estado de flagrância como a imediatidade do ato ilícito praticado pelo agente e o momento da sua prisão¹⁰⁰, ou o instante em que o sujeito é capturado por ter sido surpreendido no calor da prática delituosa.¹⁰¹

No que diz respeito à instantaneidade da prisão em flagrante, no tocante às políticas de segurança pública, é importante fazer um registro: ela é importante para o poder público demonstrar a sua competência na matéria de

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

⁹⁶ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 839.

⁹⁷ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 104.

⁹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 695.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

¹⁰⁰ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105.

¹⁰¹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em Flagrante Delito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 34.

segurança, haja vista que a rapidez com que o agente é detido passa a sensação, para o cidadão comum, de que o poder público é eficiente no enfrentamento aos delitos.

Nessa mesma toada, são importantes as considerações feitas por Daniel GERBER:

“(...) fácil constatar que a prisão em flagrante, como instituto de resposta imediata ao crime, transforma-se em um dos pilares de sustentação das políticas de segurança pública de um Estado, eis que enseja, aos olhos do leigo, a impressão de que o aparato de repressão está, efetivamente, a funcionar.

Na medida em que se versa sobre uma resposta imediata do “Estado” ao autor de um pretense delito, atinge-se, como afirmado, o âmago de um dos maiores problemas deste início de século, qual seja a segurança pública. De um lado, ameniza-se a reação social gerada pelo delito e, de outra banda, reúne-se, em um só momento, dois requisitos essenciais à propositura e instrução de um processo-crime, quais sejam a materialidade e autoria relativas ao fato.”¹⁰²

Portanto, nessa linha de raciocínio, a prisão em flagrante é extremamente relevante para o poder público demonstrar a efetividade do aparelho repressivo para a comunidade, o que permite uma confiança maior da opinião pública no Estado Penal.

Além de cessar a flagrância, esse instituto permite que as provas colhidas durante a prisão possam ser usadas para embasar, futuramente, o exercício da ação penal, como, por exemplo, no caso de tráfico de drogas, em que as substâncias apreendidas durante o flagrante podem comprovar a materialidade do crime.

A doutrina também atribui outras funções à prisão em flagrante delito, como evitar a fuga do infrator e assegurar a identificação do flagrado; impedir a consumação ou exaurimento do delito; preservar os direitos fundamentais do preso (hipótese esta somente utilizável em situação de perigo de linchamento do flagrado por populares).¹⁰³

¹⁰² GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105.

¹⁰³ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em Flagrante Delito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 34 e 35.

No que se refere à sua realização, o artigo 301 do Código de Processo Penal assevera que, além das autoridades policiais, qualquer pessoa do povo poderá fazê-la.¹⁰⁴

A doutrina costuma separar essas duas formas de realização atribuindo as nomenclaturas de flagrante facultativo e flagrante obrigatório¹⁰⁵, sendo a primeira a prisão em flagrante realizada por qualquer pessoa do povo e a segunda feita pelas autoridades policiais.¹⁰⁶

Quanto as formalidades, elas estão previstas do artigo 304 ao 306 do Código de Processo Penal¹⁰⁷ e, basicamente, referem-se: à competência, pois o flagrado deve ser submetido à autoridade competente; ao auto de prisão em flagrante delito, onde será realizada a oitiva da pessoa que realizou a prisão, duas testemunhas¹⁰⁸ e o interrogatório do flagrado, sendo, ao final, lavrado o

¹⁰⁴ Art. 301. *Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.*

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. ed. 3. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 961 e 962.

¹⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 699.

¹⁰⁷ Art. 304. *Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.*

Art. 305. *Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.*

Esse artigo não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois o artigo 144 dispõe que a formalização do auto de prisão em flagrante é de atribuição específica da autoridade policial, não podendo ser delegada para qualquer pessoa, mesmo que ela preste o compromisso legal. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 728.

Art. 306. *A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.*

¹⁰⁸ Tratando especificamente das prisões em flagrante delito referentes ao delito de tráfico de drogas, oportunamente será abordada a problemática envolvendo as duas testemunhas do auto

auto de prisão em flagrante delito; a comunicação da prisão aos familiares do detido ou outra pessoa por ele indicada¹⁰⁹, ao juiz competente, ao Ministério Público e ao advogado (caso o flagrado não tenha defensor constituído, à Defensoria Pública) em até vinte e quatro horas da prisão; a entrega da nota de culpa.

Todos esses requisitos estão expressamente previstos em lei e devem ser obrigatoriamente observados no momento da prisão em flagrante e da lavratura do respectivo auto. A não observância dos mencionados requisitos levará a ocorrência de dois efeitos: 1) o relaxamento da prisão em flagrante e; 2) A nulidade das provas colhidas no flagrante.

Quanto ao primeiro item, os Tribunais e a doutrina pactuam desse entendimento, pois consideram que a violação das formalidades do auto de prisão em flagrante enseja o relaxamento da prisão.¹¹⁰

No que diz respeito à nulidade dos elementos probatórios obtidos no flagrante em decorrência da não observância dos requisitos legais presentes nos artigos 304, 305 e 306 do Código de Processo Penal, boa parte dos julgadores e dos doutrinadores entendem que tais violações não impedem o exercício da ação penal.¹¹¹

Entendimento equivocado, porque qualquer violação aos requisitos formais do auto de prisão em flagrante delito (por menor que seja, como, por exemplo, a prisão em flagrante exceder vinte e quatro horas ou o auto não for lavrado pela autoridade competente ou a não entrega da nota de culpa ao

de prisão em flagrante delito, uma vez que na maioria das vezes elas são unicamente os policiais que realizaram a abordagem.

¹⁰⁹ Sobre a comunicação da prisão aos familiares ou a outra pessoa indicada pelo detido, bem como ao juiz competente, a Constituição brasileira também dispõe no artigo 5º, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

¹¹⁰ RHC 61.959/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 04/12/2015. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 666.

¹¹¹ AgRg no RHC 127.436/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020. Fauzi Hassan Choukr diz que “as eventuais falhas que eventualmente venham a acontecer na produção jurídica do auto de prisão em flagrante não obstam o exercício da acusação penal.” CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 716.

flagrado ou ela não estar assinada pela autoridade devidamente competente) deve impedir a atuação violenta por parte do poder público.¹¹²

Outrossim, a única função da dogmática penal e processual penal é a contenção da atuação violenta do poder público, representada pelo Estado Penal.¹¹³

Especificamente em relação à prisão em flagrante, a limitação da atuação repressiva estatal ocorre em impedir que o poder público opere quando for descumprido qualquer um dos requisitos presentes na legislação processual por meio da anulação de todos os atos que violem a legislação

¹¹² Dentre os autores que sustentam essa linha de raciocínio, está Eugenio Raúl Zaffaroni. No livro *Em Busca das Penas Perdidas* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. A Perda da Legitimidade do Sistema Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.), bem como em outros livros e textos escritos por ele, o autor afirma que a única função do Direito Penal é conter o poder punitivo, de modo que os grandes genocídios que aconteceram na História se devam a poderes punitivos que não foram contidos.

Partindo dessa premissa (evitar o acontecimento de genocídios), a função do Direito Penal deve ser exclusivamente a de conter o poder punitivo.

¹¹³ Há autores que sustentam que o Direito e o Processo Penal possuem uma “dupla função”: além de conter o poder punitivo, também atuariam naquilo que chamam de “vedação de proteção insuficiente”. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **“Crônicas de Estupros e Mortes Anunciadas” e a Tese de que a “Prisão Preventiva Para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional”**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 4, nº 7. Dezembro de 2017. p. 120 e 121. MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. **Direito Penal**. Lições Fundamentais. Parte Geral. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 227 e 228.

O cerne dessa denominada “dupla função” está, de um lado, na proibição de excessos (contenção do poder punitivo) e na proteção de direitos ou de bem jurídicos (vedação de proteção insuficiente).

Trata-se de um discurso contraditório, pois impossível defender, simultaneamente, propostas totalmente opostas, uma vez que a contenção do poder punitivo/proibição de excessos está voltada para o cidadão contra a violência (por meio da prisão) do poder público, enquanto a vedação da proteção insuficiente está voltada para o uso dessa violência como mecanismo de proteção dos direitos do cidadão.

O discurso da vedação da proteção insuficiente por meio do Estado penal apresenta várias críticas.

A primeira delas se refere ao paradoxo de utilizar um instrumento que viola direitos para proteger direitos. O sistema penitenciário (em especial o brasileiro) é um grande violador dos direitos humanos, sendo ilógico pretender que a desumanidade carcerária proteja direitos, uma vez que já está comprovado o caráter cruel, brutal e degradante das prisões.

A segunda diz respeito ao caráter criminológico acrítico desse princípio, pois ignora os aspectos seletivos do poder punitivo, como, por exemplo, a utilização do Estado penal como um meio de manutenção das desigualdades sociais, do domínio da classe hegemônica e do pleno funcionamento do sistema capitalista, ou seja, como um instrumento de dominação e opressão. Portanto, totalmente equivocada a noção de “dupla função”, tendo em vista que a única função do Direito e do Processo Penal é a contenção do poder punitivo.

Por fim, a prisão em flagrante delito é dividida em fases, consistindo em: 1) prisão-captura; 2) lavratura do auto de prisão em flagrante; 3) prisão-detenção; 4) comunicação da prisão; 5) notificação da prisão.¹¹⁴

A primeira fase é tão somente o ato de alguém prender/deter o suposto autor do delito. Cuida-se de uma ação eminentemente administrativa, com fundamento no poder de polícia, visando cessar a prática delitiva.¹¹⁵

Já a segunda diz respeito às hipóteses presentes no artigo 304 do Código de Processo Penal. Ela é dividida em duas: i) a indagativa, relativa às inquirições de testemunhas e ao interrogatório do flagrado; ii) resolutive, relativa à decisão da Autoridade Policial.¹¹⁶ Essa decisão ocorre no final do auto de prisão em flagrante e diz respeito à efetivação da prisão ou o seu relaxamento.

No que tange à terceira fase, ela tem início com a efetivação da prisão no auto de prisão em flagrante delito e está prevista no § 1º do artigo 304 do Código de Processo Penal.¹¹⁷ Para que a pessoa presa em flagrante seja recolhida no estabelecimento prisional, deverá ser expedida a Guia de Recolhimento Prisional (GRP) pela Autoridade Policial após a confirmação da prisão no auto de prisão em flagrante.¹¹⁸

Quanto à quarta fase, ela está prevista no já mencionado artigo 306, *caput* do Código de Processo Penal. Refere-se a todas as formalidades previstas nesse artigo.

Além de sua disposição legal, a comunicação da prisão também está constitucionalmente prevista no artigo 5º, LXII.¹¹⁹ As pessoas ou entidades que devem ser comunicadas da prisão são: 1) o juiz competente; 2) o Ministério Público; 3) a família do detido; 4) o advogado do flagrado ou a Defensoria Pública.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. ed. 3. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 961. TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 26 a 33.

¹¹⁵ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 27.

¹¹⁶ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 28.

¹¹⁷ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 29.

¹¹⁸ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 29.

¹¹⁹ 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: (...) LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

A comunicação é essencial para o acompanhamento da legalidade da prisão em flagrante e evitar abusos por parte da Autoridade Policial.

Em relação à última fase da prisão em flagrante, diz respeito à notificação da prisão. Ela está prevista no § 2º do artigo 306 do Código de Processo Penal. Trata-se da denominada Nota de Culpa, onde deve constar o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas constituindo-se, essencialmente, um documento informativo.¹²⁰ Ela deve ser entregue antes do flagrante ser recolhido efetivamente na carceragem e não deve ultrapassar o prazo de vinte e quatro horas da prisão em flagrante.¹²¹

3.1 MODALIDADES DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A respeito das hipóteses e das modalidades de flagrante delito, dispõe o artigo 302 do Código de Processo Penal¹²², consistindo em quatro formas: 1) no exato momento em que a pessoa pratica o delito; 2) quando o agente acaba de praticar o crime; 3) quando o agente é perseguido por terceiro, logo após a consumação delitiva, em situação que o faça presumir ser o autor da infração; 4) quando com o agente são encontrados, logo depois da prática do delito, objetos que o façam presumir ser o autor do crime.

A doutrina costuma classificar essas situações em flagrante próprio (itens 1 e 2), flagrante impróprio (item 3) e flagrante presumido (item 4).¹²³ Essas previsões são taxativas e estão fundadas na estrita legalidade e limites fixados em lei, razão pela qual não podem ser alargadas pelo intérprete ou pelo julgador.¹²⁴

¹²⁰ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 32.

¹²¹ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 32 e 33.

¹²² 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.*

¹²³ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 839.

¹²⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 715.

O respeito aos estritos ditames legais em relação às hipóteses de flagrante delito existe para evitar abusos e arbitrariedades por parte das pessoas que realizam a prisão em flagrante, bem como por se tratar de uma constrição de liberdade (ainda que seja uma constrição temporalmente curta).

A respeito dos itens acima mencionados, o que nos interessa para os fins deste trabalho é o flagrante próprio, em especial o previsto no inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal (estar cometendo a infração penal), porque é o momento da prática delitiva (presente nos verbos *ter em depósito* e *guardar* do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) que permite o ingresso de policiais em domicílios alheios para apreender drogas e, conseqüentemente, realizar a prisão em flagrante delito do domiciliado.

As modalidades de prisão em flagrante delito previstas nos incisos III e IV do artigo 302 do Código de Processo Penal (flagrantes impróprio e presumido, respectivamente) não serão abordados, haja vista que não guardam relação com o flagrante delito de tráfico de drogas em domicílio.

3.1.1 O Flagrante Próprio e a sua Importância para os Casos de Apreensões Domiciliares de Drogas

Os dois primeiros incisos do artigo 302 dizem respeito ao denominado flagrante próprio, também conhecido como flagrante verdadeiro ou real.¹²⁵ Trata-se do exato momento em que a pessoa está praticando ou quando acaba de cometer o crime.¹²⁶

Exclusivamente em relação ao inciso I, é a prisão em flagrante por excelência, pois, de todas as hipóteses legais, essa é a mais imediata, conforme explica Aury LOPES JR.:

“O flagrante do Inciso I ocorre quando o agente é surpreendido cometendo o delito, quer dizer, praticando o verbo nuclear do tipo. (...) A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o agente é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente. É o caso em que o agente é preso enquanto “subtrai” a coisa alheia móvel (art. 155 do CP), ou, ainda, no crime de homicídio,

¹²⁵ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em Flagrante Delito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 140.

¹²⁶ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 839.

está agredido a vítima com a intenção de matá-la (ou seja, está praticando o verbo nuclear do art. 121 do CP) etc.”¹²⁷

Nota-se que é a situação mais instantânea do flagrante, bem como traz o conceito mais estrito de flagrante, eis que acontece quando a ação delitiva está a “arder”.¹²⁸

Segundo Thales Flores TAIPINA, o flagrante definido no inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal: “*decorre da própria essência da palavra, o que significa afirmar que o flagrante é a descoberta de uma conduta que ainda arde, que está em chamas, que é evidente penalmente típica e supostamente contrária ao Direito.*”¹²⁹

Também é possível verificar a existência do *periculum libertatis* (ao perigo ou dano que a ação delitiva representa para a vítima, assim como à apreensão imediata das provas) e do *fumus comissi delicti* (elemento colhidos com a prisão).¹³⁰

Cumprе destacar que a hipótese descrita no inciso I é a única que permite a prisão da pessoa antes da consumação do crime, bastando que a fase executória, o *iter criminis*, já tenha se iniciado.¹³¹

Por fim, no que diz respeito ao tipo penal de tráfico drogas, é essa modalidade de flagrante delito que é a mais comum (e em relação ao flagrante domiciliar de drogas ela é praticamente a única forma de flagrante), pois, para configurar esse delito, basta o agente possuir o objeto para cometer o delito, ou seja, basta praticar qualquer um dos dezoito verbos existentes no tipo penal.

Quanto ao inciso II, que é também considerado flagrante próprio (mas que não possui tanta relevância para este estudo, mas que deve ser também explicada porque é flagrante próprio), trata-se do momento logo após a prática do delito, ou seja, quando acaba de cometê-lo.

¹²⁷ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54 e 55.

¹²⁸ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 131.

¹²⁹ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 83.

¹³⁰ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 131.

¹³¹ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 132.

Não é uma hipótese tão imediata quanto à do inciso I, mas guarda certo grau de imediatidade, haja vista que a detenção ocorre no momento seguinte à consumação do crime. É tido como flagrante próprio porque não guarda uma diferença de tempo muito significativa entre a consumação e a prisão.

Nesse sentido explica Aury LOPES JR.:

“No inciso II, o agente é surpreendido ao acabar de cometer o delito, quando já cessou a prática do verbo nuclear do tipo penal. Mas, nesse caso, o delito ainda está crepitando, pois o agente cessou recentemente de praticar a conduta descrita no tipo penal. É considerado ainda um flagrante próprio, pois não há lapso temporal relevante entre a prática do crime (no sentido indicado pelo seu verbo nuclear) e a prisão. Dependendo da situação, o imediato socorro prestado à vítima ainda poderá evitar a consumação, mas diferencia-se da situação anterior na medida em que, aqui, ele já realizou a figura típica e a consumação já pode até ter ocorrido.”¹³²

Essa forma de prisão em flagrante é considerada flagrante próprio pois, comparando-a com as outras modalidades de flagrante, não há fuga do local dos fatos, sem o decurso de intervalo temporal.¹³³

Imperioso afirmar que a flagrância prevista no inciso II não é tão consistente quanto à prevista no inciso I, uma vez que não é no exato momento da prática do crime.

Tem-se uma presunção do cometimento do delito por parte do agente, tendo em vista que não houve a visualização do ato por terceiros, mas tão somente a presença de alguns elementos que indiquem ser o agente o autor do crime como, por exemplo, o flagrado estar no local do delito, a roupa estar machada de sangue.

Para alguns autores, a presunção e a ausência de certeza visual do flagrante, prevista no referido inciso, fere a presunção de inocência, pois presume-se que o agente praticou o ato, e não que ele é inocente, conforme explica Daniel GERBER:

“Isto posto, afirma-se, novamente, que a inexistência da imediatidade entre ato e prisão faz com que o relacionamento entre ato e pessoa seja desfigurado, restando o flagrante como medida que se origina, somente, em face da pessoa a ser presa e, neste diapasão, tem-se que a prisão em flagrante de quem “acabou de cometer o crime” é, em

¹³² LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

¹³³ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 84.

verdade, a prisão de quem “presumidamente cometeu o ato”. Tal situação, por si só, ainda que se valha ao fornecimento de carga probatória ao processo, desvirtua a relação já mencionada de *saber-poder*, e, analisada pelo viés constitucional de respeito aos princípios de presunção de inocência, da proporcionalidade das medidas coativas e, ao fim o caráter *ultima ratio* das mesmas (princípio da necessidade), não se encontra legitimada em nossa Carta Magna.”¹³⁴

A prisão em flagrante de alguém que acabou de praticar o delito pode estar de acordo com a Constituição, mesmo com toda a sua fragilidade, desde que existam elementos robustos (no homicídio, por exemplo, quando o agente é detido quase que instantaneamente após a ação delitiva, com objeto que remete ao crime – a vítima faleceu em decorrência de golpes de faca e com o agente foi apreendida uma faca suja de sangue).

A polêmica em torno da constitucionalidade dessa modalidade de prisão em flagrante pouco atinge o delito de tráfico de drogas, uma vez que, conforme já exposto, a maioria das prisões em flagrante nesse crime ocorre no exato momento da prática delitiva (artigo 302, I do Código de Processo Penal), e não logo após.

3.2 A ILEGALIDADE DO FLAGRANTE FORJADO E SUA RELAÇÃO COM A APREENSÃO DOMICILIAR DROGAS

Existem algumas formas de prisão em flagrante que são ilegais por violarem a legislação e a Constituição vigentes no país. Essas formas são denominadas de flagrante provocado; flagrante forjado e; flagrante preparado.

Dentre essas três modalidades, a que será abordada é flagrante forjado por ter mais relação com o flagrante domiciliar de drogas.

Parte da doutrina não costuma fazer a diferenciação entre flagrante provocado e flagrante forjado, como se tais modalidades fossem uma só.¹³⁵

¹³⁴ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 137 e 138.

¹³⁵ Dos autores citados para o estudo da prisão em flagrante, Eugenio Pacelli, Alexandre Moraes da Rosa, Gustavo Henrique Badaró, André Nicolitt e Fauzi Hassan Choukr não fazem essa diferenciação. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 527. ROSA, Alexandre da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 467. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. ed. 3. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 963. NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p.

Verificar esses autores Essas modalidades de flagrantes ilegais possuem muita semelhança, mas também algumas peculiaridades.

O denominado flagrante forjado ocorre quando uma situação fática é criada para dar legitimidade à prisão. O que é falsa é a situação (que foi inventada). Um exemplo típico desse caso é quando o agente policial “planta” drogas na mochila, no carro ou na casa da pessoa para forjar o flagrante.

Já no flagrante provocado, o autor é induzido, estimulado (geralmente por um policial) a praticar um delito.¹³⁶ Trata-se meramente de uma encenação, de um jogo de cena em que o autor é levado a praticar o delito. Diferentemente do que ocorre no flagrante forjado, onde toda a situação é criada, e não estimulada.

A respeito do flagrante forjado, sustenta Aury LOPES JR.

“O flagrante **forjado** existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para (tentar) legitimar a prisão. Cria-se uma situação de fato, que é falsa. Exemplo típico é o enxerto de substâncias entorpecentes (ou armas) para, a partir dessa posse forjada, falsamente criada, realizar a prisão (em flagrante) do agente. É, portanto, um **flagrante ilegal**, até porque não existe crime.”¹³⁷

Nesse mesmo sentido também sustenta Rafael Francisco Marcondes de MORAES

“... o “flagrante forjado”, ainda reprovável e pernicioso pois representa, como a própria expressão sugere, a criação artificiosa de falsa situação de flagrância delitiva por terceiros ou por maus policiais com o intuito de incriminar determinada pessoa, normalmente com a introdução de objetos como drogas e armas e subsequente alegação de estarem na posse ou guarda do indivíduo.”¹³⁸

842 e 843. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 699 e 700.

Somente Aury Lopes Jr. a faz. LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

¹³⁶ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 842 e 843.

¹³⁷ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

¹³⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em Flagrante Delito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 56.

Portanto, no flagrante forjado, toda a situação é criada (falsa) para incriminar alguém, o que não ocorre no flagrante provocado, já o que acontece é uma indução por parte de terceiros para que o agente pratique o delito.

Conforme explica Thales Flores TAIPINA: “a palavra “forjar” encontra diversos sinônimos, tais como maquinar, fabricar, falsificar, de modo que a doutrina o qualifica também como flagrante fabricado, flagrante maquinado, flagrante falsificado.”¹³⁹

Obviamente, estamos diante de uma modalidade de prisão em flagrante totalmente fora dos limites legais e constitucionais, de modo que o agente que forja o flagrante pode até incorrer na prática de algum delito.

Infelizmente, nos grandes centros urbanos, em relação ao delito de tráfico de drogas (e também nos delitos do Estatuto do Desarmamento – Lei nº 10.826/2003), as vezes acontecem situações em que agentes da Polícia ostensiva portem (o denominado *kit flagrante*) e coloquem entorpecentes ou armas de fogo dentro de carros, casas, mochilas ou malas de seus respectivos proprietários para incriminá-los (uma típica situação de flagrante forjado).¹⁴⁰

Dessa forma também explica Thales Flores TAIPINA: “semelhante situação acontece amiúde nos crimes de tráfico de drogas, quando certa quantidade de substância entorpecente é inserida sob as vestes de uma pessoa, dentro do seu veículo, do seu quarto, ou simplesmente é afirmado pelos policiais que a droga foi encontrada com o imputado, após a realização de uma busca pessoal.”¹⁴¹

O flagrante forjado no crime de tráfico de drogas está ligado à guerra às drogas, em que o policial tenta a todo custo prender a pessoa envolvida em atividade delitiva relacionada com o comércio de entorpecentes e, no que tange ao flagrante domiciliar de drogas, o flagrante forjado pode acontecer no momento em que o agente policial, ao ingressar no domicílio alheio e não encontrar as substâncias ilícitas, colocar (“plantar”) drogas para forjar a situação flagrancial, até porque, caso não encontre nada de ilícito dentro do domicílio, poderá

¹³⁹ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 170.

¹⁴⁰ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 196, 197 e 198.

¹⁴¹ TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 170.

responder criminalmente pelo delito de violação de domicílio (artigo 150 do Código Penal).¹⁴²

3.3 A PROBLEMÁTICA DO FLAGRANTE NOS CRIMES PERMANENTES

Quanto à consumação do delito, ele pode ser classificado em instantâneo ou permanente.

A prisão em flagrante nos delitos permanentes é diferente da dos delitos instantâneos. Conforme dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal, pode acontecer a qualquer momento enquanto não cessar a permanência.¹⁴³

Delito permanente é aquele que perdura no tempo, ao passo que o crime instantâneo se consuma no exato momento da prática delitiva, não existindo prolongamento.

A respeito dos crimes permanentes, explana Claus ROXIN:

“**Delitos permanentes** son aquellos hechos em los que el delito no está concluído con la realización del tipo, sino que mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo. P.ej., um delito permanente es el allanamiento de morada (§ 123): com la intromisión del autor ya se da um hecho consumado, pero dura tanto tiempo com el sujeto se mantiene dentro del ámbito protegido. Lo mismo ocurre em la detención ilegal (§ 239), que sigue siendo actual hasta que el autor pone en libertad a la víctima o ésta es liberada, o em conducción em estado de embriaguez (§ 316), que ya es punible como delito consumado com el comienzo del viaje, pero pese a ello no concluye mientras dura la conducción bajo influencia de bebidas. Los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser delitos de resultado em caso de que um determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico.”¹⁴⁴

¹⁴² 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.*

¹⁴³ Art. 303. *Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.*

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.** Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1. ed. 2ª Reinpresión. Buenos Aires: Thomson Reuters Civitas, 2015. p. 329. Nesse mesmo sentido explica Juárez CIRINO DOS SANTOS: “Segundo a conclusão imediata ou a manutenção temporal da situação típica, os tipos podem ser *instantâneos* (ou de estado) e *permanentes* (ou duráveis); a) os tipos *instantâneos* completam-se com a produção de determinados estados, como o homicídio (art. 121), a lesão corporal (art. 129), o dano (art. 163); b) os tipos *permanentes* caracterizam-se pela extensão no tempo da situação típica criada conforme a vontade do autor, como o sequestro ou cárcere privado (art. 148), a violação do domicílio (art. 150), em que a consumação já ocorre com a realização da ação típica, mas permanece em estado de consumação enquanto dura a invasão da área protegida pelo tipo legal. A distinção tem interesse prático: nos tipos permanentes é possível a coautoria e a participação

Duas importantes diferenças o crime permanente possui em relação ao crime instantâneo: 1) em relação à prescrição, que nos delitos permanentes tem seu termo inicial após cessar a permanência, conforme dispõe o artigo 111, III do Código Penal¹⁴⁵; 2) a prisão em flagrante pode ser a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, conforme dispõe o já mencionado 303 do Código de Processo Penal.

Por causa desses dois fatores, há uma tendência dos Tribunais e de parte da doutrina de elastecer os crimes permanentes, tratando alguns crimes instantâneos como se fossem permanentes, como é o caso da lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1.998).¹⁴⁶ Além disso, a falta de uma definição para conceituar o crime permanente contribui para muitas das confusões que são feitas a respeito desse instituto.

O que existe, afinal, é uma confusão entre a consumação e os efeitos do delito. Por exemplo, no crime de lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei nº 9.613/1.998)¹⁴⁷, o delito se consuma com o ato de ocultar ou dissimular, de modo que a manutenção da ocultação e da dissimulação é um efeito permanente da ação inicial.¹⁴⁸

O mesmo se aplica ao crime de falsidade documental e homicídio, quando no primeiro o delito se consuma no exato momento em que o documento

por cumplicidade após a consumação porque o tipo não está, ainda, terminado ou exaurido; também durante a realização de um tipo permanente podem ser realizados tipos instantâneos, em concurso material, como, por exemplo, estupro da vítima do sequestro ou da violação de domicílio.” CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 87. Também, nesse viés, sustentam João PAULO MARTINELLI e Leonardo SCHMITT DE BEM: “É aquele em que a agressão ao bem jurídico protegido perdura no tempo e a permanência está em poder do agente. O sequestro ou cárcere privado é um exemplo paradigmático de crime permanente (CP, art. 148).” MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. **Direito Penal**. Lições Fundamentais. Parte Geral. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 405.

¹⁴⁵ Art. 111 - *A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...) III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.*

¹⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. Aspectos Penais e Processuais Penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 78.

¹⁴⁷ Art. 1º *Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.*

¹⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. Aspectos Penais e Processuais Penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77 e 78.

é falsificado, mas o efeito da falsificação é permanente e, no segundo, o crime se consuma no instante em que a pessoa é morta, sendo o efeito da morte permanente.

Especificamente em relação ao delito de tráfico de drogas, será ele, quanto à consumação, um crime instantâneo ou permanente?

Os Tribunais são uníssomos em reconhecer o tráfico de drogas como um crime permanente, inclusive o Supremo Tribunal Federal que, ao analisar diretamente a busca e apreensão domiciliar de drogas sem mandado judicial no recurso extraordinário (RE) 603.616 RO, afirma que o tráfico de drogas é um crime permanente.¹⁴⁹

Mas realmente o tráfico de drogas é um crime permanente? A resposta é depende.

Sabe-se que o tipo penal do tráfico de drogas (artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006), possui dezoito verbos, ou dezoito verbos nucleares (conforme já mencionado anteriormente) em seu tipo¹⁵⁰ e, para incidir nesse delito, basta incorrer em qualquer um desses verbos. Dependendo de qual verbo o autor praticar o crime, poderá ser instantâneo ou permanente.

Caso o agente seja preso em flagrante delito *vendendo* drogas, o crime é instantâneo, pois o delito se consuma no exato instante em que ocorre a venda da substância.

Agora, se o agente é preso em flagrante delito porque *tinha em depósito* drogas, o crime é permanente, pois o ato de ter em depósito essas substâncias se protraí no tempo.

Nas situações de apreensão domiciliar de drogas, os verbos presentes no tipo penal do tráfico de drogas comumente usados para legitimar a entrada domiciliar sem o mandado judicial são os: *ter em depósito* e *guardar*, que são verbos que caracterizam a permanência do crime de tráfico de drogas e, aparentemente, legitimam a entrada domiciliar de terceiros sem autorização judicial para realizar a prisão em flagrante.

¹⁴⁹ RE 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 20 de Dezembro de 2021.

¹⁵⁰ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas (...).

Portanto, importante frisar que a permanência no crime de tráfico de drogas (e o flagrante delito a qualquer tempo) depende de qual conduta/verbo o agente vai praticar.

3.4 A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE E A QUESTÃO DA INAFIANÇABILIDADE

Até algumas décadas atrás, a questão da natureza jurídica da prisão em flagrante delito não era um tema que gerasse controvérsias, pois a maioria dos estudiosos e operadores do direito na área criminal sustentava que a prisão em flagrante possuía natureza cautelar.¹⁵¹

Nos últimos tempos, tal entendimento passou a ser questionado e criticado por doutrinadores que possuem uma visão crítica do processo penal, momento em que se passou a afirmar que a prisão em flagrante delito não tem natureza cautelar, mas sim precautelar.¹⁵²

O entendimento de que a prisão em flagrante possui natureza precautelar é o correto, tendo em vista as finalidades e as funções do instituto. Conforme já exposto no começo deste capítulo, a prisão em flagrante delito tem como finalidade cessar a flagrância, estancar a atividade delitiva ou a ameaça do crime.

Essa é, basicamente, a principal função desse instituto. Não serve para julgar, condenar e nem para manter alguém preso por longo tempo, a não ser por 24 (vinte e quatro) horas, segundo o disposto no já mencionado artigo 306 do Código de Processo Penal.

O curto prazo de duração da prisão em flagrante delito, aliado com a finalidade de cessar o estado de flagrância, faz com que o flagrante seja uma medida precária, de mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo¹⁵³, não sendo possível afirmar que possua natureza cautelar.

¹⁵¹ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 614; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 657. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 241.

¹⁵² LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

¹⁵³ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

Assim sustenta Aury LOPES JR.

“O flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante.”¹⁵⁴

Ademais, importante destacar que a prisão em flagrante dispensa prévia autorização judicial e pode ser feita por qualquer pessoa, possuindo um caráter híbrido (administrativo e judicial), pois o controle pela autoridade judiciária só é feito após a detenção, o que reforça a sua fragilidade e a sua precautelaridade.

Nesse viés, importante ressaltar, mais uma vez, que o flagrante por si só não mantém ninguém preso, salvo dentro do já citado prazo de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos do artigo 306 do Código de Processo Penal.

O que poderá manter alguém preso por um tempo mais elástico é a prisão preventiva, que possui natureza cautelar. Para tanto, a autoridade judicial poderá converter (com requerimento da acusação), na audiência de custódia, a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que, obviamente, presentes os requisitos que autorizam a custódia cautelar.

Portanto, a prisão em flagrante delito tem natureza precautelar e pessoal, bem como precária, haja vista que qualquer pessoa pode realizar a prisão, assim como é caracterizada pela brevidade temporal (análise judicial em até vinte e quatro horas da detenção, na audiência de custódia), onde o julgador analisará a legalidade da prisão em flagrante e decidir pela conversão (ou não) para prisão cautelar.¹⁵⁵

No que se refere ao tráfico de drogas, a questão torna-se problemática, uma vez que a Constituição brasileira, no artigo 5º, XLIII estabelece que o tráfico de drogas é crime inafiançável.¹⁵⁶

¹⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52.

¹⁵⁶ 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: (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A problemática começa no momento em que a Constituição não define o que é tráfico de drogas, de modo que o legislador constituinte originário deveria estabelecer o significado dessa expressão. Trata-se, visivelmente, de um mandamento constitucional de criminalização.

Os mandamentos criminalizantes devem ser lidos e interpretados de forma restrita, pois se a Constituição estabelece que algumas condutas ou situações devem ser crimes, por outro lado, a Constituição impõe, acima da criminalização, alguns princípios, regras e pressupostos que devem conter ou impedir a violência por parte do poder público, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, dentre muitos outros.

Dessa forma explica Marcelo SEMER:

“O comprometimento com a proteção de principais direitos fundamentais levou o cariz social do Estado a se responsabilizar também com o estabelecimento de certas tutelas penais. Via de regra, esse é o ponto mais fraco, menos sustentável do Estado Democrático, especialmente porque, como a história tem ensinado, a capacidade dissuasória do Direito Penal é muito restrita e nada garante que os bens tutelados por ele efetivamente sejam protegidos – tanto mais que sua própria instituição provoca uma plêiade de efeitos colaterais extremamente nocivos à democracia. Por estes contraditórios motivos, a cautela na aplicação dos mandados de criminalização deve ser extrema, bem como a interpretação restritiva. Alguns cânones da criminalização foram postos ao chão pelo seu próprio exercício, trazendo a tutela penal, em grande medida, ao posto de uma esperança muito superior à própria experiência.”¹⁵⁷

Ademais, ainda que presentes na Constituição alguns mandamentos de criminalização, não significa que, necessariamente, a sanção para esses mandamentos deva ocorrer por meio da desumanidade, crueldade e brutalidade das prisões. Deve-se optar, em respeito a outros princípios constitucionais, pela imposição da pena que imponha menor sofrimento possível para a pessoa humana, ainda mais no tráfico de drogas, em que se trata de um crime sem violência ou grave ameaça, de perigo e sem vítima concreta, ou seja, é um delito de pouca gravidade.

Voltando a questão do tráfico de drogas e da inafiançabilidade, algumas indagações devem ser feitas, como, por exemplo, qual o significado da palavra

¹⁵⁷ SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático de Direito**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020. p. 175.

inafiançável e se existe uma obrigatória relação entre prisão em flagrante delito e fiança.

Quanto ao primeiro ponto, a palavra inafiançável deve ser lida e interpretada de acordo com a presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, de modo que o único significado para a palavra inafiançável é liberdade sem fiança.

Para Aury LOPES JR. o único significado da expressão inafiançabilidade *“era (e ainda é, para nós) a impossibilidade de aplicação do regime de liberdade com fiança.”*¹⁵⁸

Portanto, caso algum mandamento estabeleça que o crime é inafiançável, significa que caso o agente seja preso em flagrante delito, ele poderá ser colocado em liberdade, mas sem fiança.

A antiga leitura da inafiançabilidade como meio de manter alguém preso é totalmente incompatível com os postulados que guiam o processo penal dentro de um Estado Democrático de Direito, principalmente a presunção de inocência.

Trata-se, a rigor, de uma prisão cautelar obrigatória em que o flagrante por si só manteria alguém preso em um maior tempo (independentemente de presentes – ou não – os requisitos da prisão cautelar), o que fulminaria com a presunção de inocência.

Nessa linha explica Aury LOPES JR.:

“(...) jamais foi recepcionada a prisão cautelar obrigatória, até porque não seria cautelar, mas sim antecipação de pena, absolutamente incompatível com a presunção de inocência e todo o rol de direitos fundamentais. (...)”

Evidencia-se que não existe prisão cautelar obrigatória e que o flagrante “não prende por si só”, como já explicado, de modo que, mesmo sendo o crime hediondo ou qualquer outro “inafiançável”, poderá o juiz conceder liberdade provisória, sem fiança, e mediante a imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas, conforme o caso.”¹⁵⁹

Ademais, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal sepultou de vez a ideia da inafiançabilidade como prisão cautelar obrigatória ao declarar

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 191.

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183 e 191.

inconstitucional o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006¹⁶⁰, no Habeas Corpus nº 104.339/SP¹⁶¹, pois o referido dispositivo legal vedava a concessão de liberdade “provisória”¹⁶², o que, certamente, viola a Constituição brasileira e, conseqüentemente, o princípio da presunção de inocência lá presente.

Sobre a existência de uma obrigatória relação entre prisão em flagrante delito e fiança, evidente que não existe uma conexão obrigatória. É plenamente possível que se conceda liberdade sem fiança, até porque a maioria das pessoas que são detidas em flagrante é pobre e não possui condições financeiras de arcar com a fiança.

Ademais, é possível, ao colocar a pessoa em liberdade, que o julgador imponha medidas cautelares diversas da prisão, que muitas vezes podem ser mais severas que a fiança, como é o caso da restrição da liberdade por meio da monitoração eletrônica, as comumente conhecidas “tornozeleiras eletrônicas”.

Observa-se, com a ideia da inafiançabilidade (liberdade sem fiança), que o instituto da fiança perdeu um pouco a sua importância, pois é possível a liberdade sem a fiança, de modo que futuramente poderemos ter a abolição desse instituto.

Para finalizar, importante destacar os avanços que essa modalidade de prisão teve nos últimos tempos, como, por exemplo, a superação da prisão

¹⁶⁰ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

¹⁶¹ HC 104.339/SP. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf>. Acesso em 20 de Dezembro de 2021.

¹⁶² A palavra provisória foi colocada entre aspas para demonstrar o equívoco do termo empregado pelo legislador. A liberdade nunca é provisória. O que é provisória é a prisão, até porque o nosso ordenamento jurídico veda a prisão de caráter perpétuo. A expressão “liberdade provisória” passa a impressão de que a prisão é a regra e a liberdade é a exceção, quando o certo, dentro do Estado Democrático de Direito, é o contrário, tendo em vista a existência da presunção de inocência e de outros princípios constitucionais. Conforme explica Aury LOPES JR., o termo liberdade provisória vem de uma época autoritária, “em que a prisão ao longo do processo era uma regra, havendo até a prisão “preventiva” obrigatória quando o crime tivesse pena de reclusão, na máximo, igual ou superior a 10 anos. Nada interessava ou se questionava; a prisão “cautelar” era obrigatória.

Daí porque a liberdade era provisória, precária.

(...)

Nova revolução opera-se (ou deveria operar-se) com o advento da Constituição de 1988, cabendo ao processo penal ajustar seu termostato, para conformar-se à nova Carta.

Então, hoje, deve-se partir da premissa de que “provisória” deve ser a prisão cautelar. A liberdade é a regra, não necessitando ser legitimada e tampouco deve-se admitir, tão passivamente, o emprego do adjetivo “provisória” quando do que se trata é de um valor dessa dimensão.” LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 175.

cautelar obrigatória; o seu curto tempo de duração; a inserção da audiência de custódia; as suas hipóteses restritas e expressamente previstas em lei; a sua desvinculação da fiança.

Uma leitura compatível com a contenção do poder punitivo da prisão em flagrante deve considerar esse instituto com um instrumento destinado unicamente a cessar a flagrância, podendo manter alguém detido dentro de um curtíssimo período de tempo (no máximo vinte e quatro horas).

3.5 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é um instituto muito debatido nos últimos anos e de extrema relevância quando se trata de prisão em flagrante, principalmente nos casos de tráfico de drogas (que consiste no delito que mais encarcera pessoas no Brasil, seja em flagrante ou não), incluindo os flagrantes domiciliares.

É no flagrante domiciliar de tráfico de drogas que a audiência de custódia pode desempenhar uma função elementar: a de fazer, *a posteriori*, o controle da prisão em flagrante.

Prevista no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶³ (Pacto de San José de Costa Rica – celebrado no dia 22 de Novembro de 2021 -, passou a ter eficácia no Brasil a partir do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de Novembro de 1992), só começou a ser colocada em prática após vinte e três anos de vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil, em 2015, no Estado de São Paulo, com o projeto “Audiência de Custódia”, depois idealizado pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal (ministro Ricardo Lewandowski) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁶⁴ – Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015 -, passando a ter previsão legal somente em 2019,

¹⁶³ **Artigo 7. Direito à liberdade pessoal (...)** 5. *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*

¹⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Audiência de Custódia e as Funções Institucionais do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3, nº 4. Agosto de 2016. p. 121.

através da Lei nº 13.964/2019 que, dentre as alterações e inovações trazidas, mudou o artigo 310 do Código de Processo Penal.¹⁶⁵

Inicialmente, a audiência de custódia gerou contrariedade por parte de alguns operadores do sistema de justiça criminal, especialmente de alguns integrantes do Ministério Público, delegados e agentes policiais, como é o caso do Ministério Público do Estado de São Paulo, que por meio da sua Associação, impetrou mandado de segurança contra o projeto “Audiência de Custódia”, implementado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.¹⁶⁶

Apesar dessas e de outras resistências¹⁶⁷, a audiência de custódia ganhou força até ter previsão legal, em 2019.

3.5.1 Conceito

A Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 7.5, não concede um nome ao ato da pessoa detida ser apresentada, sem demora, a um juiz ou autoridade judicial.

¹⁶⁵ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

¹⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Audiência de Custódia e as Funções Institucionais do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3, nº 4. Agosto de 2016. p. 123.

¹⁶⁷ As resistências e oposições à audiência de custódia representam ideias reacionárias, antiprogressistas e desumanas que, infelizmente, parte dos operadores do sistema de justiça criminal ainda possui.

No Brasil, adotou-se a expressão audiência de custódia, mas somente aqui, pois nos demais países são utilizadas expressões como: “audiência de garantia” ou “audiência” de apresentação”.¹⁶⁸

A palavra “custódia” significa “guardar”, “proteger”.¹⁶⁹ Nessa linha, é possível dizer que a audiência de custódia é o ato em que a pessoa detida ou reclusa é apresentada, sem demora, diante da autoridade judicial, com a presença do representante do Ministério Público e do advogado ou membro da Defensoria Pública, para que seja feito um controle sobre a situação da prisão, levando-se em consideração a legalidade, necessidade, substituição por outras medidas menos invasivas, bem como verificar se a pessoa presa foi submetida a maus tratos ou tortura.¹⁷⁰

Nesse mesmo sentido, alguns doutrinadores definem a audiência de custódia, como é o caso de Caio PAIVA:

“A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.”¹⁷¹

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se encontrar algo similar no artigo 236, § 2º do Código Eleitoral¹⁷², hipótese aplicada para os cidadãos que forem presos no intervalo de tempo de cinco dias antes até quarenta e oito horas após o fim da eleição.¹⁷³

¹⁶⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 41 e 42.

¹⁶⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 41.

¹⁷⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 41 e 42.

¹⁷¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 41.

¹⁷² Art. 236. *Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto (...) § 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.*

¹⁷³ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 43.

3.5.2 Finalidades

A audiência de custódia apresenta algumas finalidades que buscam tornar o processo penal menos autoritário e mais humanizado. A primeira delas pretende tornar o processo penal brasileiro mais humanizado e mais próximo dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁷⁴ A presença dessa modalidade de audiência cumpre, conforme já mencionado, com o disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa proximidade do processo penal brasileiro com os tratados internacionais de direitos humanos tem acontecido tardiamente e, no caso da audiência de custódia, vinte e três anos depois da vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil (vinte e sete anos para ter previsão legal - Lei nº 13.964/2019), enquanto a maioria dos países da América Latina e da Europa já adotava esse procedimento há anos¹⁷⁵, demonstrando que o processo penal brasileiro é um dos mais atrasados do mundo.

Sobre a humanidade que envolve esse procedimento, Aury LOPES JR. afirma que: *“essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva).”*¹⁷⁶

A humanidade desse ato também é perceptível no fato de que a pessoa detida tem que ser submetida à audiência de custódia, no prazo de vinte e quatro horas, diferentemente do que ocorria até então, nos termos do artigo 306 do Código de Processo Penal, em que o julgador era *comunicado imediatamente* da prisão e, no prazo de vinte e quatro horas, recebia o auto de prisão em flagrante delito para decidir sobre a prisão, não tendo nenhuma proximidade física com o detido.

Agora o juiz, com a presença do membro do Ministério Público e do advogado ou representante da Defensoria Pública (defesa técnica), tem o

¹⁷⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 45.

¹⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Audiência de Custódia e as Funções Institucionais do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3, nº 4. Agosto de 2016. p. 121.

¹⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 675.

contato direto com a pessoa presa, e não somente com os papéis do auto de prisão em flagrante delito, o que torna todo esse procedimento mais humanizado.

Nesse sentido explica Maurício CIRINO DOS SANTOS:

“A substituição do papel ou da informação virtual, utilizados na comunicação imediata da prisão em flagrante em juízo, em 24 (vinte e quatro) horas, pela garantia da apresentação pessoal do ser humano, em igual período, à presença física dos operadores do direito, legitimando os princípios da *oralidade e da imediatidade*, confere elevado nível de *humanização* ao procedimento flagrancial e, neste sentido, de dignidade à pessoa presa em flagrante, na medida em que permite uma análise presencial e integral acerca da universalidade de circunstâncias e condições de caráter pessoal, que, ao tempo em que proporcionam um relevante conjunto de impressões sensitivas, autorizam uma reflexão concretamente ponderada e um posicionamento racionalmente equilibrado, a embasar a opção jurídico-penal mais madura e responsável acerca da polaridade prisão cautelar/liberdade individual.

(...)

Quer-se dizer exatamente: o sistema de justiça criminal não está decidindo sobre enclausuramento ou não de insignificantes objetos, representados por emaranhados de papéis ou de arquivos eletrônicos, ao interior de um sistema penitenciário reconhecidamente falido em suas finalidades declaradas. Diversamente, estamos refletindo concretamente sobre aplicação ou não de normas procedimentais restritivas da liberdade a cidadãos de direitos, preponderantemente excluídos das relações de produção e de consumo do sistema capitalista e/ou estigmatizados pelo próprio sistema de justiça criminal, para os quais se deve, necessariamente, e no mínimo, *lançar olhos de conhecimento sobre quem – e por quais razões –* estamos encaminhando – ou não – à porta de entrada do cárcere.”¹⁷⁷

Nessa mesma toada, explica Aury LOPES JR. que: “*eis que um ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do periculum libertatis, bem como de suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP.*”¹⁷⁸

Portanto, a mera comunicação ao juiz de que alguém foi preso e, depois, a remessa do auto de prisão em flagrante delito (seja ele físico/papel ou virtual), conforme o disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, não é suficiente

¹⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Audiência de Custódia e as Funções Institucionais do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3, nº 4. Agosto de 2016. p. 125 e 126.

¹⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 677.

para atender o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁹, uma vez que é exigido que a pessoa detida seja conduzida à presença de um juiz.

A segunda finalidade está relacionada à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e à prevenção da tortura policial.¹⁸⁰ O direito à integridade das pessoas presas está previsto no artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸¹ e no artigo 5º, XLIX da Constituição brasileira.¹⁸²

Ao permitir que o julgador, o membro do Ministério Público e o defensor tenham o contato com o detido poucas horas após a prisão, possibilita a averiguação de abusos, violências físicas e psicológicas por parte da autoridade policial.

Assim sustenta Maurício CIRINO DOS SANTOS:

“O procedimento idealizado à *audiência de custódia* contribui decisivamente para obstrução/inibição de práticas odiosas de torturas, físicas e/ou mentais, e de outras formas de agressões/abusos – ainda subsistentes em níveis de grande significatividade –, por parte de populares em via pública e, essencialmente, no interior de delegacias de polícia e de unidades prisionais, penitenciárias e de internação, essencialmente verificadas no período compreendido entre a prática supostamente ilícita, a prisão do acusado e o seu interrogatório policial, a produzir pluralidade de “confissões espontâneas extrajudiciais”, e a “solucionar” variedade de crimes complexos, pela ação “pronta e eficiente” de determinados organismos policiais.”¹⁸³

Obviamente, não se espera da audiência de custódia a prevenção e o fim de todos os abusos e torturas policiais, até porque os relatos de violência policial, principalmente no delito de tráfico de drogas, incluindo o ingresso em domicílios alheios, continuam existindo mesmo com a existência da audiência de custódia (vide caso Jacarezinho – Rio de Janeiro, Maio de 2021), mas sim uma

¹⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 676.

¹⁸⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 45 e 46.

¹⁸¹ **Artigo 5. Direito à integridade pessoal (...) 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.**

¹⁸² 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 (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

¹⁸³ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Audiência de Custódia e as Funções Institucionais do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3, nº 4. Agosto de 2016. p. 126 e 127.

redução e uma mudança na mentalidade violenta dos agentes policiais, bem como garantir a integridade física do cidadão detido, que antes da existência dessa audiência, ficava mais tempo à *mercê* dos policiais.¹⁸⁴

Ademais, a apresentação do detido dentro de um curto período de tempo após a prisão, faz com que as autoridades policiais já estejam cientes de que qualquer alegação de tortura será levada ao conhecimento das pessoas presentes na audiência de custódia, podendo resultar no relaxamento da prisão.¹⁸⁵

A terceira finalidade está destinada a diminuir a quantidade de prisões preventivas, além de evitar as prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias.¹⁸⁶ O julgador, ao ficar pessoalmente diante do detido, pode deixar de aplicar a prisão cautelar e conceder liberdade, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão, para a pessoa que foi presa em flagrante delito.

Ademais, ao notar que a pessoa detida possui alguma enfermidade (física ou mental) e nos casos das mulheres gestantes, o magistrado pode conceder prisão domiciliar no lugar da prisão preventiva.

Nessa mesma linha de raciocínio explica Aury LOPES JR.:

“Nessa “entrevista” também deverá ser avaliada a possibilidade e adequação das medidas cautelares diversas (art. 319 do CPP), verificando a situação fática e as condições pessoais do preso, bem como – conforme art. 8º, X, da Resolução – “averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

(...) A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando condições de eficácia do art. 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, à fiança. Infelizmente, como regra, os juízes não utilizam todo o potencial contido no art. 319 do CPP, muitas vezes até por falta de informação e conhecimento das circunstâncias do fato e do autor.”¹⁸⁷

¹⁸⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 48 e 49.

¹⁸⁵ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 49.

¹⁸⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

¹⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 677 e 678.

Ainda sobre essa finalidade, a audiência de custódia evitou muitos casos de desaparecimentos forçados e execuções sumárias, situações estas mais comuns antes da sua existência.¹⁸⁸

Outra questão a respeito da audiência de custódia refere-se aos seus limites. Ela não é uma audiência de instrução e julgamento, tanto é que a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça utiliza a palavra “entrevista” ao invés de “interrogatório”, sobre o ato de perguntar e inquirir algumas coisas para o detido.

É importante que a pessoa presa seja advertida da finalidade da audiência de custódia, qual seja, o questionamento das circunstâncias e condições em que ocorreu a prisão (normalmente em flagrante delito), assegurando-se os direitos de consultar reservadamente um defensor; de ser atendido por um médico; de comunicar-se com seus familiares sobre a prisão; do direito ao silêncio.¹⁸⁹

3.5.3 Hipóteses de Cabimento

Até o momento, falou-se da audiência de custódia para os casos de prisão em flagrante delito, conforme, inclusive, passou a ser prevista em lei com a nova redação que o artigo 310 do Código de Processo Penal adquiriu após a edição da Lei nº 13.964/2019, de modo que não resta dúvida quanto ao seu cabimento nas prisões decorrentes de flagrante delito.

O questionamento ocorre quanto ao seu uso em outras formas de prisão como: 1) a prisão preventiva e a prisão temporária; 2) a prisão para cumprimento de pena (na execução penal); 3) a apreensão de adolescentes suspeitos de praticarem atos infracionais; 4) a prisão ocorrida dentro da Justiça Militar; 5) a prisão civil pelo inadimplemento das prestações alimentícias; 6) a prisão de pessoas que possuem foro por prerrogativa de função.

Embora a legislação brasileira não trate diretamente dessas questões, a pessoa que for presa por qualquer das modalidades acima citadas tem o direito de ser submetida à audiência de custódia.

¹⁸⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 52.

¹⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 677.

Importante frisar que o já mencionado artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos determina que: *“toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz...”*, o que torna possível a utilização da audiência de custódia para esses casos.

Nesse sentido também é o entendimento de Aury LOPES JR. que afirma que: *“a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva.”*¹⁹⁰

Nas situações de prisão preventiva ou prisão temporária, ao possibilitar a audiência de custódia, a defesa terá possibilidade de fazer o contraditório (algo que infelizmente é muito comum nesses casos: prisão preventiva ou temporária decretada sem um mínimo de contraditório) e o julgador poderá ratificar ou mudar o decreto preventivo ou temporário.¹⁹¹

No campo da execução penal, embora possa soar estranho, a audiência de custódia também possui uma função importante. A pessoa que é presa (ou mesmo a que já estava presa por outras razões) para cumprir a pena deve ser submetida à audiência de custódia, onde serão expostos aspectos do cumprimento da pena, da saúde do apenado, da defesa técnica, do contato com a família, enfim... para tentar humanizar toda a situação que envolve o cumprimento da pena.¹⁹²

Em relação à apreensão¹⁹³ do adolescente que comete ato infracional (crime), a audiência de custódia é essencial. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 9.069/1.990) utiliza a expressão “Ato Infracional” para designar a conduta descrita como crime ou contravenção penal.¹⁹⁴

O adolescente que praticar ato infracional é submetido em algumas medidas, denominadas medidas socioeducativas (que são medidas de segurança,

¹⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 675.

¹⁹¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 92 e 93.

¹⁹² PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 95.

¹⁹³ A diferença da apreensão para a prisão está apenas na palavra, pois a apreensão nada mais é do que uma prisão.

¹⁹⁴ Art. 103. *Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*

uma vez que o menor de dezoito anos é inimputável), sendo o internamento em estabelecimento educacional a mais severa das medidas.

Nesse ponto, a audiência de custódia possui uma função fundamental, pois o menor que é apreendido na prática de ato infracional também pode sofrer abusos por parte das pessoas que fizeram a sua apreensão, de modo que a legalidade da apreensão poderá ser verificada na audiência de custódia.

No que se refere à Justiça Militar, a audiência de custódia também deveria ser utilizada, embora o Superior Tribunal Militar tem decidido pela não obrigatoriedade no âmbito da Justiça Militar.¹⁹⁵

Tratando-se da prisão civil, e no Brasil a única forma de prisão civil admitida é a do devedor de alimentos, a audiência de custódia também deveria ser utilizada para essa situação. Primeiramente, porque o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que *“toda pessoa presa, detida ou retida deva ser submetida à presença de um juiz”*, e não somente o preso, detido ou retido penal.

Segundamente, além do controle da legalidade da prisão civil, o devedor de alimentos, perante uma autoridade judicial, poderá justificar o inadimplemento ou fazer o pagamento da quantia devida.¹⁹⁶

Por fim, no que tange à prisão de pessoas que possuem foro pela prerrogativa de função, não resta nenhuma dúvida de que a audiência de custódia também é cabível nesses casos, até porque a Convenção Americana de Direitos Humanos não excepciona nenhuma categoria de presos, detidos ou retidos à garantia da apresentação rápida perante uma autoridade judicial.¹⁹⁷

Ademais, dependendo de qual função a pessoa exerça, a possibilidade de prisão durante o exercício do mandato é restrita, como é o caso do congressista (legislador federal), que só pode ser preso em flagrante delito referente a delitos inafiançáveis¹⁹⁸, hipótese esta que está claramente prevista na Constituição brasileira (artigo 53, § 2º).

¹⁹⁵ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 101.

¹⁹⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 105.

¹⁹⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 105 e 106.

¹⁹⁸ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos

3.5.4 A Audiência de Custódia de Pessoas Presas em Flagrante Delito Domiciliar de Tráfico de Drogas

A audiência de custódia, conforme já amplamente demonstrado, é necessária, fundamental e representa um avanço no processo penal brasileiro. Embora todos os aspectos mais humanos e favoráveis ao preso/detido/acusado da audiência de custódia, ela tem sido insuficiente para evitar o encarceramento em massa, em especial o elevado índice de pessoas presas preventivamente pela suposta prática do delito de tráfico de drogas.

Em uma pesquisa realizada por Marcelo SEMER, que acabou resultando no livro “Sentenciando o Tráfico: o Papel dos Juízes no Grande Encarceramento”, oitocentas sentenças penais condenatórias de tráfico de drogas foram analisadas, de oito estados da federação, de forma proporcional ao número de habitantes.¹⁹⁹

Dessa pesquisa, conclui-se que 88,75% (oitenta e oito, setenta e cinco por cento) dos processos penais de tráfico de drogas são decorrentes da prisão em flagrante²⁰⁰, sendo que 48,88% das apreensões ocorreram dentro de residências.²⁰¹ Da porcentagem do flagrante, 89,86% (oitenta e nove, oitenta e seis por cento) dos casos, a prisão em flagrante é convertida em prisão preventiva²⁰², sem contar as prisões provisórias decorrentes dos (poucos) casos em que não há flagrante (casos de investigação prévia por parte da autoridade policial).

Dois fatores explicam os altos índices do aprisionamento preventivo de pessoas que supostamente praticaram o delito de tráfico de drogas: 1) a facilidade em se prender preventivamente alguém; 2) a subjetividade/mentalidade repressora, encarceradora, defensivista social, conservadora e reacionária que a maioria dos membros do Poder Judiciário (e do Ministério Público) têm.²⁰³

serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

¹⁹⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 147.

²⁰⁰ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 158.

²⁰¹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 163.

²⁰² SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 280 e 281.

²⁰³ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaios Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 35 e 45.

Quanto ao primeiro item, a falta de critérios objetivos que impeçam o uso da prisão cautelar é um fator determinante para a facilidade do seu manejo. Observa-se do artigo 313, I do Código Penal que a prisão preventiva pode ser decretada nos crimes dolosos em que a pena privativa de liberdade máxima seja de quatro anos.²⁰⁴

Nesse caso, há dois limites objetivos: a impossibilidade de fixação da prisão preventiva para delitos em que a pena máxima for inferior a quatro anos (incluindo os delitos de menor potencial ofensivo) ou for crime culposos/imprudente, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos II e III e § 1º do artigo 313 do Código de Processo Penal.²⁰⁵

Esses dois limites são insuficientes para evitar a banalização do decreto preventivo. Necessita-se de maior limite como, por exemplo, a elevação da pena máxima dos crimes dolosos (atualmente em quatro anos) ou a impossibilidade de decretação de prisão provisória nos delitos sem violência ou grave ameaça.

Ademais, a Lei nº 13.964/2019 ressuscitou um instituto que já não existia mais no Brasil e que facilita o encarceramento: a prisão cautelar obrigatória. Ao inserir o § 2º no artigo 310 do Código de Processo Penal, o denominado “pacote anticrime” impossibilita a liberdade “provisória” aos reincidentes ou pessoas que integrem organizações criminosas ou quando o agente porta arma de fogo de uso restrito.²⁰⁶

Trata-se, evidentemente, de dispositivo inconstitucional por afrontar a presunção de inocência, sem que, para tanto, seja demonstrada a existência de um requisito cautelar.

²⁰⁴ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

²⁰⁵ II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

²⁰⁶ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (...) § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Outro ponto referente à facilidade de se prender preventivamente uma pessoa está no requisito “ordem pública”, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁰⁷ e amplamente utilizado nas decisões que versam sobre a prisão cautelar, principalmente nos casos de tráfico de drogas.

Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública, pois ela é despida de cautelaridade.²⁰⁸

Nessa linha explica Aury LOPES JR.:

“(..) evidencia-se que as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de *segurança pública*.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.”²⁰⁹

Além de não atender os fins processuais, o requisito “garantia da ordem pública” sofre de outros problemas que também o tornam inconstitucional.

O primeiro diz respeito à sua origem autoritária. Remete-se ao denominado Código Rocco, de 1.930, que foi um Código assumidamente fascista, tendo como uma de suas principais características o desprezo pela presunção de inocência.²¹⁰

Conforme afirma Luigi FERRAJOLI:

“Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogos de palavras ingênuos, como “medida de segurança processual”, “necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”. Assim, enquanto o Código de Processo Penal de 1865 previa como regra o caráter facultativo do mandado de prisão, e o Código de 1913 introduzia, além disso, o desencarceramento por decurso de

²⁰⁷ Art. 312. *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.*

²⁰⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 753 e 754. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017. p. 585.

²⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

²¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro. V.1. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018. p. 310 e 311.

prazos máximos, o Código Rocco alargou enormemente as hipóteses de prisão obrigatória e automática, suprimiu os prazos máximos e com isso o instituto do desencarceramento por decurso de prazo, e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado facultativo de prisão à avaliação das “qualidades morais e sociais da pessoa”. A tutela do inocente ficava confiada à vigilância hierárquica interna, inclusive porque nenhum poder era reconhecido à defesa, de fato excluída da fase instrutória do juízo.”²¹¹

O caráter vago e aberto da expressão “ordem pública”²¹² é um repúdio à presunção de inocência, pois é uma autorização geral para prender²¹³, algo que o governo fascista tanto precisava para impor à força a sua ideologia e perseguir seus inimigos.

Dessa forma, a utilização da “ordem pública” para prender preventivamente alguém colide com o Estado Democrático de Direito, previsto expressamente na Constituição brasileira.

O segundo se refere ao caráter extremamente aberto da expressão. Conforme sustenta Aury LOPES JR.: *“grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico.”*²¹⁴

A vagueza e a ampla abertura do termo “ordem pública” viola o postulado da taxatividade, que é um desdobramento do princípio da legalidade, expressamente previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição brasileira.²¹⁵ A

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 509 e 510.

²¹² Embora o artigo 282 do Código de Processo Penal (Art. 282. *As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.*) pretenda restringir a amplitude da expressão ordem pública, alguns conceitos trazidos pelo artigo 282 do Código de Processo Penal continuam amplos (vide gravidade, circunstância do fato e condições pessoais), outros indemonstráveis (vide risco de reiteração – impossível o julgador prever se o agente irá praticar futuramente outro(s) delito(s), até porque não equiparam o Poder Judiciário com bolas de cristal. ²¹² LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115. Ademais, só o fato do agente ter praticado algum(ns) crime(s) não significa que ele, futuramente, irá praticar outro(s). Por fim, alguns conceitos carecem de caráter cautelar (vide a gravidade e as condições pessoais e do fato). São juízos de mérito, e não cautelar.

²¹³ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

²¹⁴ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

²¹⁵ 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: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) dispõe que as leis penais e processuais devem ser guiadas por palavras e expressões precisas, certas, determinadas.

Assim explica Nilo BATISTA:

“A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo. (...) No Brasil, as famigeradas leis de segurança nacional compunham autêntico florilégio de tipos penais violadores, pela construção de crimes vagos.”²¹⁶

Embora o postulado da taxatividade seja comumente relacionado com a criação dos tipos penais no Direito Penal material, ele também serve para as normas mistas, como é o caso das normas que versam sobre a prisão preventiva.

Portanto, a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional por violar o princípio da legalidade (taxatividade).

Quanto às prisões preventivas, fundadas na garantia da ordem pública, relacionadas ao tráfico de drogas, incluindo os realizados dentro de domicílios, é comum o julgador argumentar relacionados ao pânico moral e social sustentando, genericamente, que o tráfico de drogas destrói lares, famílias e a sociedade de um modo geral.²¹⁷

Das referidas decisões, é possível encontrar as seguintes narrativas:

*“o acusado foi condenado por crime grave, ou seja, tráfico de entorpecentes, o qual traz efeitos nefastos para a sociedade, na medida que incentiva a criminalidade e destrói a base desta que é a família, de modo que é necessária a sua custódia para garantia da ordem pública.”*²¹⁸
“O réu não poderá recorrer em liberdade, pois, permaneceu preso durante todo o transcorrer do processo, nada havendo nos autos que autorize, por ora, a soltura, mesmo porque condenado – ainda que provisoriamente – por delito grave, pernicioso, que traz intranquilidade e

²¹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 78.

²¹⁷ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 283.

²¹⁸ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 283.

*desassossego à sociedade, haja vista que a traficância se presta a destruir lares, famílias e, sobretudo, a fomentar a prática dos diversos crimes contra o patrimônio, quando não contra a vida.”*²¹⁹

*“Este delito elenca-se entre aqueles que contribuem para o alarmante aumento da criminalidade violenta. Destrói famílias, desagrega lares, em suma é responsável, em grande parte, pelo esgarçamento do tecido social.”*²²⁰

Observa-se desses discursos a ausência de requisito cautelar para sustentar a prisão preventiva, pois todas essas narrativas estão fundadas sobre a suposta gravidade do delito de tráfico de drogas (juízo de mérito), além de todo o senso comum sobre as drogas, faltando para esses julgadores uma visão criminológica crítica sobre o tráfico de drogas.

Percebe-se também que essas manifestações refletem a subjetividade conservadora, reacionária e repressora de boa parte dos membros do Poder Judiciário brasileiro.

Essa subjetividade não existe à toa. O Poder Judiciário brasileiro possui um histórico tradicionalista que vem desde o período colonial, em que os operadores do direito eram da classe mais abastada, razão pela qual seus membros reproduzem o discurso da classe dominante, incluindo o patriarcalismo, o patrimonialismo, o racismo e outras formas de opressão.

Assim explica Rubens CASARA:

*“(...) pode-se apontar que em razão de uma tradição autoritária, marcada pela colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista (poder-se-ia dizer até aristocrática), constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo.”*²²¹

²¹⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 283 e 284.

²²⁰ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 284.

²²¹ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaio Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 24 e 25.

Diante de todo esse tradicionalismo, os magistrados estão inseridos em um contexto em que o sistema, em especial o sistema penal, não é questionado e o julgador acredita (cegamente) no sistema de justiça criminal como instrumento capaz de solucionar problemas sociais próprios do capitalismo.

Nessa linha de raciocínio, o juiz criminal acredita que, consciente ou inconscientemente, quanto mais pessoas prender estará fazendo um “bem para a sociedade”, pois estará reduzindo o número de delitos e de problemas sociais.

Trata-se, certamente, da ideologia da defesa social²²² em que o (suposto) criminoso é visto como um inimigo e deve ser eliminado do tecido social.

Nessa perspectiva ideológica, direitos e garantias fundamentais são suprimidos em nome da “proteção da sociedade”.

Todas essas questões são visualizáveis nas decisões que decretam a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública no delito de tráfico de drogas e comprovam que parcela significativa dos membros do Poder Judiciário detém uma subjetividade autoritária, conservadora, reacionária e repressora.

Portanto, institutos como a audiência de custódia, que têm como uma de suas funções democratizar e desafogar o sistema penitenciário, acabam tendo pouca eficácia na prática, pois a tradição autoritária e o emprego de expressões genéricas fazem com que a imensa maioria das prisões em flagrante, em especial no delito de tráfico de drogas, sejam convertidas em prisões preventivas.

²²² A ideologia da defesa social foi fundada pela escola clássica e depois incorporada pelo positivismo jurídico. Conforme sustenta Alessandro BARATTA: “a ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 41 e 42.

Essa ideologia está alicerçada sobre os princípios da legitimidade; do bem e do mal; da culpabilidade; da prevenção; da igualdade; do delito natural. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42 e 43.

Todos esses princípios foram desconstruídos, respectivamente, pelas teorias psicanalíticas da sociedade; teoria estrutural-funcionalista do desvio e teoria da anomia; teoria das subculturas criminais; Labeling Approach ou teoria da reação social; A recepção alemã do Labeling Approach; teorias conflituais. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 49 a 129.

3.6 A PARTICIPAÇÃO DOS POLICIAIS NOS PROCESSOS PENAIS DECORRENTES DO FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS

Abordando a questão do flagrante de tráfico de drogas em domicílios, é de extrema relevância tratar a função que os agentes policiais²²³ têm nessas situações. A participação desses agentes estatais não está restrita somente ao flagrante, mas também se faz presente na fase pré-processual ou de Inquérito Policial, bem como na fase judicial, uma vez que, o início do processo penal e a sentença terão como base, para fundamentar a autoria delitiva, os depoimentos prestados pelos policiais.

Observa-se dos processos penais de tráfico de drogas (para todo tipo de tráfico de drogas, não somente nas apreensões domiciliares) que 90,46% das testemunhas arroladas pela acusação são agentes de segurança estatais (policiais militares, civis, federais, guardas municipais e agentes penitenciários).²²⁴

Levando-se em consideração que 88,75% (oitenta e oito, setenta e cinco por cento) dos processos penais de tráfico de drogas são decorrentes da prisão em flagrante, conforme já citado no item anterior, conclui-se que a maioria dos processos penais de tráfico de drogas é originária de flagrante delito e terá como prova da autoria os mesmos agentes policiais que fizeram a prisão.

A relevância que o depoimento dos policiais que fizeram a prisão tem nos processos penais relativos ao tráfico de drogas pode ser explicada (e criticada) por diversos fatores.

Primeiramente, conforme já explicado no primeiro capítulo, o crime de tráfico de drogas difere do modelo tradicional do confisco do conflito por não existir uma vítima concreta. Probatoriamente, tratando-se dos delitos do Direito Penal tradicional, por exemplo, delitos como furto, roubo e estupro, muitas vezes o crime é praticado sem a presença de testemunhas, razão pela qual passou-se a atribuir

²²³ Quando se fala em agentes policiais, via de regra, trata-se de agentes da Polícia Militar, ou seja, a Polícia ostensiva/repressiva/preventiva. Nos grandes centros urbanos, tal função também passou a ser desempenhada pela denominada Guarda Municipal. Importante destacar que a expressão “agentes policiais” também podem englobar a Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal), embora a quantidade de prisão em flagrante feita por esta é muito inferior à da Polícia Ostensiva/repressiva/preventiva.

²²⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 187.

relevância probatória à palavra da vítima, que poderá ser utilizada para condenar o acusado, desde que, obviamente, a narrativa apresentada pela pessoa ofendida seja clara, racional e coerente.

No tráfico de drogas, principalmente nos delitos praticados em domicílios, muitas vezes não há testemunhas (e mesmo que existam testemunhas, elas, invariavelmente, não são arroladas, justamente porque deposita-se total credibilidade na palavra dos policiais, ou até porque elas podem presenciar alguma arbitrariedade praticada por eles) e, diferentemente da situação narrada no parágrafo anterior, não há vítima concreta. Desse modo, para suprir a deficiência probatória (falta de testemunha e de vítima), passou-se a conceder credibilidade à versão apresentada pelos policiais que atuaram na prisão em flagrante e sucederam-se condenações criminais em que a autoria do delito é fundamentada nessas versões.

Segundamente, a presunção de veracidade em que se atribui aos depoimentos dos agentes policiais que participaram da detenção, é construída teoricamente dentro das premissas do Direito Administrativo, que muitas vezes podem colidir com as premissas existentes no Direito Penal. Parte-se do pressuposto de que todo o ato administrativo realizado por agentes estatais (nessas situações, os policiais) são dotados veracidade, ou seja, presumem-se como verdadeiras todas as questões trazidas pelos policiais, como se a lógica que se aplica ao agente de trânsito que aplica multas ao motorista, fosse idêntica ao do policial que prende em flagrante delito algum suspeito.²²⁵

Trata-se, portanto, de uma espécie de testemunho oficial “acreditado”²²⁶, onde parte-se da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos fundados na ideia de que os agentes públicos possuem legitimidade para atuar visando alcançar o bem comum da comunidade.²²⁷

Desse modo, não é raro encontrar, dentro dos processos penais que envolvem a participação direta dos policiais, expressões como: “os *agentes*

²²⁵ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaio Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 150.

²²⁶ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaio Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 150.

²²⁷ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaio Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 150.

*policiais possuem boa fé; gozam da presunção de iuris tantum; possuem presunção de idoneidade moral; possuem presunção de imparcialidade, retidão e lisura, dentre outros.*²²⁸

Nessa linha, é dentro da questão probatória que aparece o principal efeito da presunção de veracidade dos atos e depoimentos prestados pelos policiais. Em um primeiro momento, surge a prova da materialidade delitiva, haja vista que as substâncias entorpecentes apreendidas pelos policiais, supostamente com o flagrante, embasarão a materialidade do crime (que depois será confirmada por um Laudo técnico – Laudo de Exame de Substância Entorpecente -, primeiramente provisório, e depois definitivo). Após, a prova da autoria do crime é validada pelos depoimentos prestados por dois policiais que participaram da prisão em flagrante, que atestarão que as drogas apreendidas eram destinadas ao tráfico.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem contribuído para conceder relevância para as atividades e os depoimentos dos policiais que participaram do flagrante, sendo possível encontrar em decisões frases como:

““(...) as declarações dos agentes estatais, a princípio, os testemunhos de policiais revestem-se de credibilidade por ostentarem presunção de veracidade...” Autos nº 0016775-02.2014.8.14.0401/TJPA

““(...) o depoimento judicial de policiais que participaram das investigações e da prisão em flagrante, quando prestados sob o compromisso legal, gozam de presunção *iuris tantum*.” Autos nº 0006914-49.2014.8.16.0170/TJPR

““(...) deve-se levar em conta a fé pública da autoridade policial e seu desinteresse no deslinde da causa – a não ser o combate ao crime.” Autos nº 0024638-52.2014.8.16.0013/TJPR

““(...) policiais, funcionários públicos, cujos atos gozam de presunção *iuris tantum* de veracidade.” Autos nº 0356156-63.2013.8.05.0001/TJBA

““Acrescento que a presunção de imparcialidade, retidão e lisura deve ser em favor da autoridade pública, que age no estrito cumprimento do dever...”²²⁹ Autos nº 0032136-75.2011.8.26.0451/TJSP

A situação piora quando os fundamentos do agente público retirados do Direito Administrativo se misturam com o discurso moral do “combate à criminalidade”:

““Aliás, contrassenso seria o Estado credenciar pessoas para a repressão ou investigação de crimes, e depois, sem motivo justificado, lhes negar

²²⁸ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 187 e 188.

²²⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 188.

crédito quando cumprem as suas funções.” Autos nº 0011521-35.2013.8.26.0050/TJSP

“Ademais, seria um contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, dão conta de suas atividades.”

“Seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes.” Autos nº 0019635-26.2014.8.26.0050/TJSP

“(…) seria incorreto credenciar-se agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de suas funções.” Autos nº 0010551-33.2014.8.21.0052/TJRS

“(…) se o Estado confere aos seus agentes a atribuição de prevenir e combater a criminalidade, não pode ele (Estado-Juiz), através de sua prestação jurisdicional, retirar-lhes a boa-fé das informações acerca da autoria do crime e congêneres, notadamente os de alta reprovação...”²³⁰ Autos nº 0571129-48.2013.8.13.0702/TJMG

Independentemente dos fundamentos utilizados para legitimar as ações e os depoimentos prestados pelos policiais que participaram da ocorrência, o fato é que a presunção de veracidade desses atos e depoimentos colide com a presunção de inocência do acusado, por inverter o ônus da prova.

Partindo-se da premissa de que a versão apresentada pelos agentes policiais é fidedigna, atribui-se ao acusado a função de provar (desconstruir) toda a narrativa apresentada pelos policiais, o que, por si só, fulmina com a presunção de inocência.

Dessa forma não raro notar em decisões judiciais a questão da inversão do ônus da prova, conforme os exemplos a seguir:

“(…) as declarações de agentes públicos têm fé pública, cabendo à parte que alega provar o contrário...” Autos nº 0002236-23.2014.8.126.0037/TJSP

“Como sabido, o policial – agente que passou pelo crivo do exame de sua condição pessoal para ingresso no serviço público – goza de presunção de idoneidade moral, sendo, pois, suas declarações desejáveis no processo, salvo se prova em contrário houver da lisura de sua versão.” Autos nº 3521799-28.2013.8.13.0024/TJMG

“(…) o fato de serem servidores comprometidos com a aplicação da lei, repressão e combate ao crime, não retira a força de suas palavras. Pelo contrário, suas palavras têm pleno crédito até que prova manifesta em contrário exclua a presunção...”²³¹ Autos nº 0004349-92.2012.8.26.0368

²³⁰ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 188 e 189.

²³¹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 187 e 188.

Ademais, além da inversão do ônus da prova, essa presunção de veracidade gera um desequilíbrio na relação processual, tendo em vista que o Estado (titular do poder de punir) tem em seus agentes/funcionários um meio de prova para condenar cidadãos.²³²

De qualquer forma, há um grande equívoco em associar a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública (matéria exclusivamente de Direito Administrativo) com o ato personalíssimo praticado pela testemunha²³³ (o ato de testemunhar é tão personalíssimo que o crime de falso testemunho – artigo 342 do Código Penal²³⁴ - é classificado como um delito de mão própria²³⁵).

Nesse ponto, não é possível vincular o Estado-Administração (representado pelos policiais que atuam perante o Poder Executivo) para os fins do Estado-Juiz (Estado presente no Poder Judiciário, especificamente no caso dos processos penais, por meio do poder de punir). O fato dos agentes policiais gozarem, dentro da Administração Pública, de fé pública, não significa que dentro do processo penal eles gozam de igual presunção. Existe uma relação de independência entre esses “Estados”, de modo que, para preservar a presunção de inocência do acusado, o julgador deveria duvidar da versão dos policiais.²³⁶

Dentro do Estado (forma geral), existem vários “Estados” independentes entre si. Assim, por exemplo, dentro do processo penal, como existe uma independência entre o Estado-Juiz (Poder Judiciário) e o Estado-Acusador (Ministério Público), também há uma independência entre esses dois “Estados” em relação ao Estado-Administração Pública, que na relação processual penal, faz-se presente por meio dos agentes policiais. Nesse sentido, a lógica de condenar alguém com base na palavra do policial também poderia ser aplicada ao representante do Ministério Público, uma vez que este também é funcionário

²³² CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaio Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 151.

²³³ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 189.

²³⁴ Art. 342. *Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.*

²³⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 993.

²³⁶ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 190.

público e também goza de fé pública. Comparativamente, seria o mesmo que sustentar: “condeno com fundamento na versão apresentada pelo Promotoria de Justiça na peça acusatória, porque o agente ministerial, quando oferece a Denúncia, ou requer a condenação do acusado nas alegações finais, age de boa fé.”

O que está em questão não é a boa-fé ou a credibilidade das ações ou dos depoimentos desses funcionários públicos, mas sim o fato de que a pessoa que está sendo acusada de, supostamente, praticar algum delito, seja, eventualmente, condenada com base nos depoimentos prestados por terceiros que não fazem parte da estrutura repressiva estatal.

Ademais, o artigo 304 do Código de Processo Penal estipula, como regra, que o auto de prisão em flagrante delito seja assinado por duas testemunhas e, excepcionalmente, seja assinado pelos condutores.²³⁷ O que ocorre nos flagrantes delitos de tráfico de drogas (incluindo os flagrantes domiciliares) é justamente o contrário. Além da maioria dos flagrantes dessa natureza ser assinada por dois policiais (e não duas testemunhas), o depoimento será a base para condenações nos processos penais.

Outrossim, a prática, tem demonstrado que os policiais não possuem tanta boa-fé ou credibilidade em seus depoimentos ou ações. A Polícia ostensiva/repressiva/preventiva, incorporada pelo discurso da guerra ou do combate às drogas, está na “linha de frente” à repressão ao tráfico de drogas e dificilmente terá a isenção necessária para testemunhar.²³⁸

Nesse sentido explica Luís Carlos VALOIS:

“O mito de que os policiais não mentem e “são presumidamente idôneos por exercerem função pública de relevante interesse social” tem sido desfeito pela realidade e pelo clima hostil da guerra às drogas. Em um ambiente desse tipo quem está na linha de frente da batalha dificilmente terá a isenção necessária para ser a testemunha que a jurisprudência tem exaltado. Formado, treinado e agindo em constante tensão, tendo o tráfico de drogas como *bode expiatório* de diversos males sociais, o policial não tem a imparcialidade pretendida pela racionalização da interpretação do STF, seguida pelo resto do país.”²³⁹

²³⁷ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 491.

²³⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 493.

²³⁹ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 493.

Outro ponto que coloca em dúvida a isenção dos agentes policiais é o fato de que em muitos Estados esses agentes recebem incentivos para realizar mais prisões, ou têm metas para cumprir nos casos relacionados com o tráfico de drogas.²⁴⁰ Em Estados como Pernambuco e Alagoas, as gratificações para o policial que apreender mais drogas está prevista em Lei.²⁴¹

Diante desse cenário, a versão apresentada pelo policial que participou da prisão em flagrante perde credibilidade e está longe da isenção que a jurisprudência confere ao depoimento feito por esses agentes.

Ademais, toda a confiança depositada pelos julgadores na palavra dos policiais que participaram da prisão em flagrante faz com que a atividade investigativa da Polícia Judiciária seja colocada em segundo plano, fazendo com que os agentes da Polícia investigativa se acomodem e não percam tempo realizando uma investigação mais elaborada.²⁴² Essa tese é reforçada, se levado em consideração (conforme já mencionado no começo deste capítulo) que quase noventa por cento dos processos penais de tráfico de drogas são oriundos de prisão em flagrante delito. Praticamente não há trabalho investigativo por parte da Polícia Judiciária. O Inquérito Policial é, basicamente, a autoria comprovada nos depoimentos prestados pelos agentes que fizeram a prisão em flagrante e a materialidade comprovada pelo Laudo técnico atestando que a substância apreendida é ilícita.

Assim sendo, torna-se um paradoxo a maioria dos processos penais de tráfico de drogas originarem de prisão em flagrante feita por policiais, haja vista que a Polícia Judiciária, pelo menos na maioria dos Estados, é composta por setor especializado para investigar crimes relacionados às drogas, e poucos processos de tráfico de drogas têm como origem a investigação feita por esse setor especializado.

Portanto, tendo em vista todas as considerações expostas a respeito do flagrante domiciliar feito pelos agentes da polícia ostensiva, bem como o uso de

²⁴⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 496.

²⁴¹ Em Pernambuco, trata-se da Lei nº 16.170/2017, especificamente no artigo 3º, III. Em Alagoas, trata-se da Lei nº 7.343/2011, especificamente no artigo 1º, II.

²⁴² VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 491.

seus depoimentos para embasarem os processos e as condenações penais, diferentemente do entendimento jurisprudencial predominante, as versões apresentadas por esses agentes não deverão ser consideradas para fins de condenações criminais.

4. AS PERSPECTIVAS DAS APREENSÕES DOMICILIARES DE DROGAS

Este capítulo abordará, em um primeiro momento, como a questão do flagrante delito de tráfico de drogas domiciliar sem prévia autorização judicial é tratada pelos Tribunais brasileiros e, depois, será apresentada uma outra leitura dessa temática.

Em relação ao entendimento dos Tribunais acerca da matéria, será feita uma análise de algumas decisões judiciais, em especial do recurso extraordinário (RE) 603.616 RO, em que a matéria das apreensões e do flagrante domiciliar de drogas teve a sua repercussão geral reconhecida e, conseqüentemente, essa questão foi debatida nesse recurso, bem como de decisões mais recentes, em especial as proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde essa temática também aparece.

Em um segundo momento, será apresentada uma interpretação diferente da comumente aceita pela jurisprudência a respeito das apreensões domiciliares de drogas.

4.1 COMO A QUESTÃO DO FLAGRANTE DOMICILIAR DE DROGAS É TRATADA PELOS TRIBUNAIS

O ingresso de policiais em domicílios alheios para realizar o flagrante delito de tráfico de drogas já foi objeto de recurso extraordinário (RE nº 603.606 RO), julgado no ano de 2015 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.²⁴³

Esse recurso foi interposto pela defesa criminal em um caso concreto, oriundo do Estado de Rondônia, em que o acusado foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas dentro de seu domicílio, onde foi preso em flagrante por agentes policiais. O reconhecimento da repercussão geral dessa matéria, pelo ministro relator Gilmar Mendes, demonstra a relevância, atualidade e abrangência da questão, além de atingir diretamente um dispositivo

²⁴³ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022.

constitucional (o já mencionado artigo 5º, XI). Atuaram nesse caso, como *Amicus Curiae*, a Defensoria Pública dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro.

A nomenclatura específica utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no referido recurso extraordinário para definir a situação de flagrante domiciliar de tráfico de drogas foi: “busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente.”²⁴⁴

Essa expressão guarda duas diferenças em relação ao termo “flagrante domiciliar de tráfico de drogas”: a primeira, diz respeito ao caráter mais abrangente da frase “crime permanente”, tendo em vista que ela abarca mais delitos, e não somente o tráfico de drogas. Embora o caso concreto que tenha embasado o recurso extraordinário nº 603.606 seja um processo penal de tráfico de drogas domiciliar, outros crimes permanentes praticados dentro de domicílios também podem se enquadrar na repercussão geral reconhecida nesse recurso extraordinário como, por exemplo, os delitos de posse de arma de fogo (de uso permitido e restrito) previstos no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003).

A segunda diferença é o emprego da expressão “busca e apreensão”. Analisando pelo viés da dogmática processual penal, esse termo é inadequado para a situação dos flagrantes domiciliares realizados nos crimes permanentes. A junção das duas palavras (busca e apreensão) transmite a ideia de que essa expressão é uma coisa só e possui um único significado. Não é esse o entendimento correto. A palavra “busca” diz respeito à uma medida instrumental, um meio de obtenção de prova que visa encontrar pessoas ou coisas.²⁴⁵ Já a palavra “apreensão” refere-se à uma medida cautelar probatória, uma vez que se destina à garantia da prova, ou seja, é o ato fim do ato meio (busca).²⁴⁶

Importante destacar que o próprio Código de Processo Penal faz essa diferença, porque o Capítulo XI do Título VII chama-se: “Da Busca e da Apreensão”, o que pressupõe que busca e apreensão não são ações idênticas e nem possuem o mesmo significado.

²⁴⁴ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 1.

²⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 555.

²⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 555.

As expressões mais adequadas para o tema tratado no referido recurso extraordinário são: “busca domiciliar nos casos de crimes permanentes”; “flagrante domiciliar nos crimes permanentes” ou “o ingresso de terceiros em domicílios alheios para realizar a prisão em flagrante nos crimes permanentes”.

Nas razões do recurso, a defesa sustentou a ilicitude das provas obtidas mediante a invasão de domicílio pelas autoridades sem mandado de busca e apreensão que autorizasse tal medida, violando o artigo 5º, XI e LVI da Constituição brasileira.²⁴⁷

O voto elaborado pelo ministro relator Gilmar Mendes foi acompanhado pela maioria dos ministros, possuindo somente uma divergência, que foi o voto do ministro Marco Aurélio.²⁴⁸

Nesse caso, com exceção do voto divergente elaborado pelo ministro Marco Aurélio, foi negado provimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que a Constituição dispensa o mandado judicial para o ingresso forçado de policiais para realizar o flagrante delito, mesmo em crimes permanentes e mesmo durante o repouso noturno.²⁴⁹

Entretanto, ainda que o entendimento predominante seja a da dispensa de ordem judicial para realizar o flagrante delito em crimes permanentes, destaca-se que nessa decisão buscou-se restringir o aceso de terceiros em domicílios alheios, de modo em cada caso deve ser analisado de forma isolada para verificar se há elementos suficientes que indiquem o flagrante delito dentro do domicílio, evitando-se, assim, a banalização do ingresso de policiais dentro de residências alheias.

Nesses termos explica o ministro relator:

“Em suma, proponho seja fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e

²⁴⁷ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 4 e 5.

²⁴⁸ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 62.

²⁴⁹ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 27.

penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.”²⁵⁰

Percebe-se, pelo fundamento acima apresentado, que o Supremo Tribunal Federal sustenta que o controle a respeito da legalidade e legitimidade do flagrante domiciliar em situações de crime permanente deve acontecer depois (*a posteriori*) pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

A decisão não menciona, mas a audiência de custódia, trabalhada no capítulo anterior, pode ser um mecanismo eficaz de controle *a posteriori* do flagrante domiciliar, embora, na maioria das vezes, esse controle acontece quando já tramita o processo penal.

Nota-se, também, uma problemática apresentada na decisão: a não especificação de elementos concretos que indiquem quando ocorre o flagrante delito nesses casos. A decisão somente sustenta que o ingresso domiciliar deve estar pautado em “fundadas razões”, mas não especificando quais seriam essas fundadas razões.

Por outro lado, ela traz algumas hipóteses em que as razões são frágeis, como denúncias anônimas, informações oriundas de informantes e provas ilícitas.²⁵¹ Obviamente que essas hipóteses são exemplificativas, e não exaustivas, de modo que poderá ter mais situações que impedirá o ingresso de terceiros para realizar o flagrante delito em domicílios alheios, além dessas mencionadas, competindo ao julgador, no caso concreto, realizar o controle da legalidade da prisão.

No específico caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 603.606, entendeu-se que havia elementos suficientes para configurar a suspeita de que naquela residência ocorria o tráfico de drogas.²⁵² Segundo a referida decisão, o elemento presente no caso concreto que autorizou o ingresso dos agentes policiais no domicílio sem ordem judicial foi a prévia

²⁵⁰ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 26.

²⁵¹ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 23.

²⁵² BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 26.

monitoração que o acusado estava submetido antes de ser preso em flagrante delito.²⁵³

Portanto, nota-se que o entendimento consolidado no recurso extraordinário nº 603.616 é autorizando o ingresso de terceiros em domicílios alheios para realizar o flagrante nos crimes permanentes, o que inclui o tráfico de drogas, conforme entendimento consolidado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (inclusive nesse recurso extraordinário).

Por outro lado, busca-se impor limites ao flagrante domiciliar, não sendo admitida qualquer entrada em domicílio, mas somente nos casos em que existirem fundadas razões de que há atividade delitiva dentro das residências, competindo ao julgador, posteriormente, fazer o controle da legalidade do flagrante no caso concreto.

Além do recurso extraordinário nº 603.616, outras duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça serão analisadas (habeas corpus nºs 598.051/SP e 663055/MT e o recurso especial nº 1.574.681/RS). Essas decisões foram proferidas depois do mencionado recurso extraordinário, e demonstram que a temática do flagrante domiciliar no tráfico de drogas (ou nos crimes permanentes, de um modo geral) é recorrente e com uma certa frequência tem sido apreciada pelos tribunais superiores.

Nessas três decisões, diferentemente do que aconteceu no recurso extraordinário nº 603.616, não existiam elementos concretos suficientes para autorizar o ingresso de terceiros no domicílio para realizar a prisão em flagrante delito e, conseqüentemente, as teses defensivas foram acolhidas.²⁵⁴

²⁵³ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2022. p. 26 e 27.

²⁵⁴ BRASIL. HABEAS CORPUS 598.051/SP. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027533&num_registro=202001762449&data=20210315&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

Este habeas corpus foi cassado, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que o ministro relator atribuiu efeito coletivo para habeas corpus individual.

BRASIL. HABEAS CORPUS 663055/MT. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148829275®istro_numero=202101288508&peticao_numero=&publicacao_data=20220331&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

BRASIL. RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.681/RS. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

Os dois habeas corpus e o recurso especial tiveram a relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz, da sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que o entendimento acerca da questão do flagrante delito como exceção à inviolabilidade de domicílio foi o da possibilidade, de forma igual ao Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 603.616, mas que foram apresentados mais elementos que permitam identificar as fundadas razões nos flagrantes domiciliares de tráfico de drogas e permitir que o Poder Judiciário faça o controle, *a posteriori*.

Nesse sentido, os referidos elementos são:

“a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standart probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) o tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada no domicílio sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção do mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) o consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) a violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.”²⁵⁵

Observa-se que mesmo possibilitando o flagrante domiciliar de tráfico de drogas, o Superior Tribunal de Justiça, em comparação com o Supremo Tribunal

1575162&num_registro=201503076023&data=20170530&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

²⁵⁵ BRASIL. HABEAS CORPUS 663055/MT. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148829275®istro_numero=202101288508&peticao_numero=&publicacao_data=20220331&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

Federal, nessa mesma matéria, procurou limitar mais a possibilidade desse flagrante.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida no recurso extraordinário nº 603.616 sustentou que o flagrante domiciliar nos crimes permanentes deve ser realizado sob fundadas razões, mencionando alguns exemplos onde não estariam presentes as fundadas razões, o Superior Tribunal de Justiça foi mais além, decidindo que as fundadas razões devem estar pautadas pela urgência.²⁵⁶ Essa urgência é caracterizada pela ausência de tempo de hábil para expedir, por parte do Poder Judiciário, mandado de busca e apreensão sem que resulte na destruição ou ocultação das drogas.²⁵⁷

Além desse limite a mais imposto pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar nas decisões acima mencionadas outras questões que limitam o flagrante domiciliar de tráfico de drogas, especialmente no que diz respeito ao consentimento do morador.

Nesse ponto, procurou-se expressar melhor a vontade do morador de aceitar o ingresso de terceiros em seu domicílio, uma vez que muitas vezes o consentimento do morador é falseado. Para tanto, deve-se ter uma declaração assinada pelo morador, por testemunhas que estejam presentes dentro da residência e, se possível, toda a ação deverá ser filmada.²⁵⁸ Caso não se faça presente alguns desses requisitos, a prova obtida deverá ser considerada ilícita.

Analisando o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito do flagrante domiciliar de tráfico de drogas, conclui-se que: 1) eles admitem o ingresso de terceiros (na maioria das vezes policiais) em domicílios alheios para realizar o flagrante delito, a qualquer hora do dia, de tráfico de drogas (e de qualquer outro crime permanente) sem prévia ordem judicial, mas, para tanto, deverá existir fundadas razões que levem a crer que dentro do domicílio ocorra

²⁵⁶ BRASIL. HABEAS CORPUS 663055/MT. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148829275®istro_numero=202101288508&peticao_numero=&publicacao_data=20220331&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

²⁵⁷ BRASIL. HABEAS CORPUS 663055/MT. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148829275®istro_numero=202101288508&peticao_numero=&publicacao_data=20220331&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

²⁵⁸ BRASIL. HABEAS CORPUS 663055/MT. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148829275®istro_numero=202101288508&peticao_numero=&publicacao_data=20220331&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

a prática delitiva; 2) as mencionadas fundadas razões devem ser analisadas em cada caso concreto, *a posteriori*, porém sendo certo que denúncias anônimas e informações oriundas de informantes, dentre outros exemplos, não são suficientes para fundamentar o ingresso em domicílios; 3) o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar essa matéria, trouxe mais elementos limitativos como, por exemplo, a questão da urgência, presente quando não há tempo hábil para a expedição de mandado de busca e apreensão. Também pretendeu-se impor mais limites à banalização do consentimento do morador, fazendo com que ele, bem como eventuais testemunhas, assinem uma declaração autorizando o ingresso na residência e, se possível, toda a ação deverá ser filmada.

No próximo subcapítulo será apresentada uma interpretação diversa do flagrante domiciliar de tráfico de drogas.

4.2 O FLAGRANTE DOMICILIAR DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA OUTRA LEITURA

O ingresso de terceiros (na maioria das vezes realizado por agentes policiais ou guardas municipais) em domicílios alheios para realizar a apreensão de drogas e, depois, a prisão em flagrante da pessoa que ocupa o imóvel, diz respeito à quase cinquenta por cento dos processos penais de tráfico de drogas.²⁵⁹

Esse número abrange todas as modalidades de flagrante domiciliar de tráfico de drogas, incluindo aquelas em que o morador consente com o ingresso e também aquelas em que primeiro se realiza uma revista pessoal em via pública e, depois, é feita a apreensão dentro das residências.

Além de quase metade dos processos penais de tráfico de drogas basearem-se em apreensões domiciliares, a pertinência da matéria se faz presente nos recursos e habeas corpus que chegam aos Tribunais Superiores, já tratados no subcapítulo anterior.

Da totalidade dessas apreensões domiciliares, menos de vinte por cento foram realizadas por meio de autorização judicial prévia, ou seja, menos de um

²⁵⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 163.

quinto das apreensões domiciliares de drogas são feitas por mandados de busca e apreensão.²⁶⁰ Números baixos se levado em consideração que na maioria dos Estados há um setor específico dentro da Polícia Judiciária para investigar o crime de tráfico de drogas.

Nas sentenças referentes ao flagrante domiciliar de tráfico de drogas, é possível verificar que o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, no sentido de que deve existir fundadas razões que autorizam o ingresso de terceiros na residência, não é seguido pelos juízes, onde encontram-se os seguintes fundamentos:

“(…) fomos até o local citado, sentimos o cheiro forte de maconha, observamos pela brecha da palafita...”

“Eu visualizei a negociação e vi o rapaz mexendo com droga pela janela...” Autos nº 0000354-81.2014.8.10.0001/TJMA

“(…) em patrulhamento pela região, viram que no portão da casa tinha várias perfurações de tiro, acharam estranho e resolveram procurar no sistema, constatando que ali havia denúncias de tráfico de drogas; que subiu em cima do muro e viu do lado de dentro da residência o réu e mais três rapazes...” Autos nº 201400025251/TJGO

“Disse que quando o réu avistou a polícia, estava parado, sozinho, em frente ao portão da casa e que imediatamente correu para o interior do terreno, onde foi realizada a abordagem.” Autos nº 0006119-92.2015.8.16.0013/TJPR

“Na data descrita na inicial acusatória, os agentes de segurança pública, com ciência das denúncias anônimas, lograram visualizar para dentro da residência do acusado, vislumbrando o momento no qual ele manuseava o entorpecente apreendido, razão pela qual entraram no local (...) Nesse contexto, descabe falar em qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no agir dos policiais, os quais, pelo contrário, agiram no estrito cumprimento do dever legal e albergador por expressa exceção constitucional.” Autos nº 0039332-58.2014.8.21.0021/TJRS

“Testemunha acompanhou a equipe policial até a residência do denunciado tendo avistado duas pessoas na frente da residência e ao perceberem do que se tratava, uma pessoa empreendeu fuga, enquanto o indigitado adentrou o imóvel.” Autos nº 0001403-93.2014.8.14.0051/TJPA

“A testemunha policial declarou: que recebeu informação que estava havendo comercialização de drogas no local, quando vimos o elemento na porta da residência e quando viu as motos empreendeu fuga para dentro da residência e a gente fez perseguição e conseguiu abordar o mesmo no quintal...” Autos nº 0036533-48.2013.8.10.0001/TJMA

“A testemunha policial declarou: que participou da diligência que culminou na prisão do réu; que na ocasião passaram em um bar e receberam uma denúncia de que “Chamador” estava traficando drogas, sendo também informado o endereço; que ao chegarem na casa do réu bateram em sua janela, que por ele foi aberta; então solicitaram que ele saísse para que conversassem; que assim foi realizada a busca pessoal no réu, e durante a abordagem, indagado, ele confessou que de fato estava traficando entorpecentes naquele

²⁶⁰ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 165.

local, levando em seguida os policiais até um quarto, onde em cima de uns blocos foi encontrada a cocaína...” Autos nº 0000148-58.2013.8.05.0125/TJBA

“Segundo o *Parquet*, durante o patrulhamento pelas ruas do bairro supracitado, policiais militares avistaram os denunciados em atitude suspeita e resolveram abordá-los, momento em que o réu 1 teria tirado seis porções de *crack* sobre o balcão de um trailer de lanches. Acrescentou que o denunciado 2 teria confidenciado aos policiais militares que havia outras porções de tóxicos escondidas em sua residência, sendo realmente arrecadadas outras 28 pedras de *crack*.” Autos nº 0075585-28.2013.8.13.0693/TJMG

Policial 1: obtiveram a informação de que os dois elementos (...) estariam na localidade e eram suspeitos do envolvimento com o tráfico de drogas; que se dirigiram ao local e encontraram o suspeito com as características físicas citadas na denúncia; que nada de ilícito foi encontrado na revista pessoal, mas seguiram até a casa indicada por ele...” Autos nº 0372688-15.2013.8.05.0001/TJBA

“(...) que procederam a abordagem e encontraram uma arma de fogo em poder do acusado; que também encontraram arma de fogo em poder do adolescente que estava em companhia do acusado; que o acusado levou os policiais até a sua residência onde, atrás da porta, foi encontrada maconha.”²⁶¹ Autos nº 0304075-23.2013.8.05.0039/TJBA

Todas as narrativas acima apresentadas foram retiradas de sentenças condenatórias de tráfico de drogas em que houve apreensões domiciliares de entorpecentes. Percebe-se que todas elas não estão embasadas em fundadas razões, mas em precários indícios, denúncias anônimas ou feitas por terceiros ou conhecidos, bem como pelo consentimento do morador, em situações em que é difícil acreditar que a pessoa tenha voluntariamente franqueado a entrada dos policiais.

Nessas situações há um evidente descumprimento do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria.

Se as decisões judiciais tomadas no Brasil respeitassem a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o flagrante domiciliar de tráfico de drogas, certamente teríamos menos condenações criminais ilegais. Porém, é preciso esclarecer que, embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham colocado limites ao ingresso domiciliar de terceiros em domicílios alheios para realizar o flagrante delito em crimes permanentes, o entendimento desses Tribunais acerca da questão ainda apresenta alguns equívocos.

²⁶¹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 163-165.

O primeiro deles é tratar o tráfico de drogas como se fosse um crime permanente. Conforme foi abordado no capítulo anterior, no tópico a respeito da prisão em flagrante nos crimes permanentes, não é possível afirmar que toda a ação tida de traficância seja permanente. Vai depender, conforme já tratado, de qual dos dezoito verbos a pessoa é denunciada, embora, os verbos presentes no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 que remetem ao tráfico de drogas praticados dentro de domicílios (os verbos *guardar*, *ter em depósito*) sejam referentes à situação de permanência.

Outro ponto que os Tribunais Superiores (e a jurisprudência nacional, de uma forma geral) se equivocam ao abordar essa temática diz respeito à expressão “flagrante delito” prevista no artigo 5º, XI da Constituição, qual seja, se é possível ingressar em domicílios alheios para cessar a situação de flagrância em qualquer situação de flagrante delito. Será que não é possível fazer uma leitura restrita em só seria possível ingressar em residências alheias para cessar a prática delitiva em crimes mais graves, crimes que envolvam violência ou grave ameaça à pessoa?

É plenamente possível que o flagrante delito, como exceção ao direito à inviolabilidade de domicílio, seja realizado somente em situações em que há uma vítima concreta ou em que uma vida humana esteja em perigo. Conforme já tratado no primeiro capítulo deste trabalho, as Constituições brasileiras de 1.891, 1.934 e 1.947, ao abordar a inviolabilidade de domicílio e as suas exceções, ao invés de usar a frase “flagrante delito”, utilizava a expressão “acudir as vítimas de crimes”, de modo que só era possível terceiros ingressarem em domicílios alheios para resgatar pessoas que estavam sendo alvos de algum crime, o que não é o caso do tráfico de drogas, uma vez que não há vítima concreta nesse delito, conforme também já foi exposto no primeiro capítulo, quando tratou-se da persecução penal ao tráfico de drogas.

Ademais, o legislador constituinte originário, quando colocou o flagrante delito ao lado do desastre e da prestação de socorro como formas de relativizar a inviolabilidade de domicílio sem prévia autorização judicial, estava querendo igualar o flagrante delito ao desastre e à prestação de socorro, sendo as duas últimas situações casos em que uma pessoa humana está em perigo ou corre risco de vida, podendo o flagrante delito ser aplicado somente para essas hipóteses.

Nesse mesmo sentido explica Luís Carlos VALOIS:

“Quando a Constituição Federal estabeleceu que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito ou desastre**, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI) estava pretendendo equiparar o flagrante ao desastre, ou seja, pretendia que a quebra da inviolabilidade de domicílio só se desse para evitar um mal maior, para salvar uma suposta vítima, seja de crime ou de desastre. Portanto, a construção, também do legislador ordinário, de que “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (art. 303 do CPP) só deveria permitir a exceção à inviolabilidade de ²⁶²domicílio quando esta fosse necessária para salvar a vítima, o que não acontece nos casos de crimes de tráfico de drogas, os quais se constituem, como se vem afirmando, em práticas consensuais.”

É essa leitura restrita do flagrante delito que os julgados no Brasil quando abordam o assunto não tratam e, muitas vezes, acabam permitindo o ingresso de terceiros para apreender drogas, sem anterior ordem judicial.

Outra questão não trabalhada pelos Tribunais quando abordam o flagrante domiciliar é a vulgarização dos crimes permanentes, ou seja, o delito permanente virou um argumento comum para autorizar o flagrante domiciliar, especialmente no tráfico de drogas.

As polêmicas em torno dos crimes permanentes já foram objeto de estudo no capítulo anterior, especificamente no subcapítulo do flagrante delito em crimes permanentes, de modo que a vulgarização do crime permanente aqui tratada não se refere àquela banalização antes abordada, na qual muitos delitos de natureza não permanente são tratados como se fossem. A vulgarização aqui examinada se refere ao uso como argumento de autoridade do termo “crime permanente” ou à “ditadura do crime permanente”.

Cuida-se de uma justificativa genérica que autoriza o ingresso de terceiros em domicílios alheios para realizar o flagrante domiciliar de tráfico de drogas sem prévia ordem judicial.²⁶³

²⁶² VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 472.

²⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Busca Domiciliar de Drogas e a Apreensão de Direitos Fundamentais**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 2, nº 2. Agosto de 2015. p. 446.

Se é viável, nesses casos, o flagrante delito ter uma leitura restrita, o crime permanente também pode ter uma leitura limitada. O ingresso em domicílios para realizar a prisão em flagrante pode ser aplicado para crimes permanentes mais graves, como, por exemplo, o sequestro e cárcere privado (artigo 148 do Código Penal)²⁶⁴ e a extorsão mediante sequestro (artigo 159 do Código Penal).²⁶⁵ Nesses dois crimes, a vida humana está em risco e há a necessidade de se ingressar em domicílio alheio para socorrer a vítima.

Nessa mesma linha de raciocínio explica Luís Carlos VALOIS:

“Por óbvio, os crimes de cárcere privado ou sequestro permitiriam a violação da regra constitucional de inviolabilidade de domicílio, todavia não em razão da norma do art. 303 do CPP, mas pela imprescindibilidade de se fazer cessar a ação criminosa e salvar vítimas. Nesses casos, a atividade criminosa se equipara ao desastre e à necessidade de prestar socorro, estando a exceção constitucional do flagrante também amparada.”²⁶⁶

Dessa forma, a possibilidade de se realizar o flagrante domiciliar em crimes permanentes deve ficar restrita aos delitos mais graves, em que uma vida humana está em perigo, de modo que a exceção do flagrante delito seja equiparada às exceções do desastre e às exceções da prestação de socorro.

Se é permitida a entrada de terceiros, sem prévia ordem judicial, em domicílios de outrem para fazer o flagrante de tráfico de drogas, também é possível ingressar, também sem prévia decisão judicial, para apreender CD, DVD ou programa de computador copiado sem a autorização do autor, nos

²⁶⁴ Art. 148 - *Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado.*

O interessante é que embora o crime de sequestro ou cárcere privado seja mais grave que o tráfico de drogas, a pena desse delito é inferior ao tráfico de drogas, mesmo nas formas qualificadas, previstas nos § 1º e § 2º do artigo 148. Sequestro e cárcere privado, penas: de uma a três anos de reclusão (*caput* do artigo 148), de dois a cinco anos de reclusão (§ 1º do artigo 148) e de dois a oito anos de reclusão (§ 2º do artigo 148). Tráfico de drogas, pena: de cinco a quinze anos de reclusão e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

²⁶⁵ Art. 159 - *Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.*

²⁶⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 473.

termos do delito tipificado no artigo 184, § 2º do Código Penal²⁶⁷, o que não acontece no cotidiano.²⁶⁸

Nessa linha, apenas invocar o conceito de crime permanente para ingressar em residências de outrem para realizar o flagrante delito sem anterior autorização judicial, torna inócuo o direito à inviolabilidade de domicílio.²⁶⁹

Outro ponto fundamental quando se aborda essa temática, e pouco explorada nas decisões judiciais (inclusive aquelas mencionadas no subcapítulo anterior), referem-se aos domicílios que são violados, ou seja, quais as residências que são violadas, sem prévia ordem judicial, para apreender drogas?

Não precisa ser um especialista no assunto para saber que os domicílios que são constantemente violados são os das pessoas de baixa renda das periferias das grandes cidades, conforme dizem, enfaticamente, Luís Carlos VALOIS²⁷⁰, Maurício CIRINO DOS SANTOS²⁷¹, Rubens CASARA²⁷², além da pesquisa realizada por Marcelo SEMER, onde é possível verificar que uma das residências invadidas se trata de uma palafita.²⁷³

Nesse sentido, a atuação no enfrentamento ao tráfico de drogas por parte do poder público está voltada para os bairros em que vivem as pessoas mais pobres, sendo muitos deles de condições próximas à miserabilidade, podendo ser denominadas de favelas ou palafitas.

Situação diversa acontece quando as autoridades precisam lidar com pessoas suspeitas de praticar crimes que são das classes mais abastadas e

²⁶⁷ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (...) § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

²⁶⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 473.

²⁶⁹ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 473.

²⁷⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 473 e 474.

²⁷¹ CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Busca Domiciliar de Drogas e a Apreensão de Direitos Fundamentais**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 2, nº 2. Agosto de 2015. p. 452 e 453.

²⁷² CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaios Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 39.

²⁷³ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 163.

moram nos bairros nobres dos grandes centros urbanos. A título de exemplo, o caso do Inquérito nº 4.781/DF, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Nele, o ministro relator ordena a expedição de um mandado de prisão em flagrante para prender o deputado federal Daniel Silveira.²⁷⁴

Percebe-se que no caso acima citado não foi adotado o entendimento tradicionalmente aceito em relação ao flagrante domiciliar, tendo em vista que foi expedido mandado de prisão em flagrante para deter o parlamentar, algo extremamente raro no cotidiano dos operadores do direito penal brasileiro. Se o referido deputado federal realmente estava em situação de flagrância delitiva, desnecessária (segundo o entendimento dominante) a expedição de mandado de prisão, bastando alguém ingressar no domicílio dele para o prender em flagrante.

Nessa situação, observa-se que o Supremo Tribunal Federal foi extremamente cauteloso ao tratar da situação delitiva do parlamentar, justamente por se tratar de um deputado federal (pessoa pública, de classe média alta). Contexto diverso acontece quando os suspeitos são pessoas das classes sociais menos favorecidas e habitam as periferias das metrópoles brasileiras. Para essas pessoas, não são expedidos mandados de busca e apreensão, nem de prisão (muito menos de prisão em flagrante). Em detrimento da isonomia, deveriam ser expedidos mandados de busca e apreensão e de prisão em flagrante para pessoas que são suspeitas de praticar, domiciliarmente, o tráfico de drogas.

A partir da situação acima descrita, chega-se à conclusão de que a repressão criminal ao comércio de substâncias ilícitas é voltada para as classes menos favorecidas economicamente.

Nessa linha de raciocínio explica Rubens CASARA:

“A utilização do sistema penal como instrumento de controle social das classes perigosas (do “inimigo interno”), a partir da repressão ao comércio de drogas ilícitas, pode ser intuída da leitura do “Mapa de registro de ocorrências por detalhamento do delito de tráfico de entorpecentes”, produzido pelo Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro (ISP), que retrata todas as prisões em

²⁷⁴ BRASIL. Inquérito nº 4.781/DF. STF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/flagrante-daniel-silveira-decisao.pdf>. Acesso em 01 de Setembro de 2022.

flagrante lavradas para apurar esse crime. (...) A leitura dos dados fornecidos pelo ISP aponta que a quantidade de prisões ocorridas em toda a zona sul carioca e mais no bairro da Barra da Tijuca é a mesma que se dá no bairro de São Cristóvão.”²⁷⁵

Assim, com o direcionamento da atuação repressiva estatal ao tráfico de drogas para as regiões mais pobres economicamente dos grandes centros urbanos, o número de residências invadidas aumenta, e assim aumenta o número de pessoas pobres presas, resultando no encarceramento em massa e no tráfico de drogas como o tipo penal que mais encarcera no país.²⁷⁶

Por fim, conforme já mencionado no capítulo anterior, no subcapítulo da audiência de custódia, quando foi tratado do imaginário repressor que boa parte dos julgadores possui, em relação ao tráfico de drogas não é diferente.

Nos trechos das decisões judiciais é possível encontrar o seguinte discurso:

““Em crimes de tóxico, evidentemente, exigir-se prova direta da mercancia da droga seria inviabilizar o combate ao tráfico, deixando a sociedade desprotegida, permitindo a livre ação dos traficantes.” Autos nº 0259822-66.2010.8.13.0027/TJMG

“É oportuno lembrar que o tráfico de drogas, mal que grassa a atual sociedade, se desenvolve cada vez mais por caminhos dissimulados, tudo visando dificultar a repressão punitiva. Trata-se de delito incruento em que sua prática, em regra não deixa vestígios explícitos e é favorecido pela “lei do silêncio”, além de não impedir o exercício de outros trabalhos lícitos, ou até mesmo o concomitante uso de drogas com o próprio tráfico, que exige o dispêndio de precioso trabalho investigativo, muitas vezes frustrado pela facilidade de eliminação do entorpecente e rastros do crime. Então, diante dessa estratégia criminosa, que dificulta a prova direta, o julgador pode e deve se valer de um somatório de indícios que converjam em um determinado sentido, como no caso em apreço.” Autos nº 0000570-59.2014.8.16.0103/TJPR

“A criminalização das condutas descritas na Lei 11.343/06 visa coibir a difusão da droga, resguardando a saúde pública e, sendo norma de interesse social, não afronta a garantia constitucional da liberdade individual. É, pois, inadmissível que o direito à intimidade sobreponha-se ao interesse coletivo de proteção da saúde pública. Por certo, a condenação de pequenos traficantes se impõe como medida profilática a fim de desestimular a que outros se enveredem em idêntico caminho, que apenas beneficia aos barões do narcotráfico.” Autos nº 0006914-49.2014.8.16.0170/TJPR

“(…) o cidadão de bem se encontra preso em casa, sob muros altos, cercas elétricas, com horários regrados, com restrição ao tráfego em

²⁷⁵ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaios Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 38.

²⁷⁶ ZILIO, Jacson. **Direito Penal de Exceção**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020. p. 101 e 102.

determinados locais, etc; ao passo que os criminosos se encontram cada vez mais soltos, demonstrando maior ousadia e coragem para o cometimento de crimes. Essa subversão de valores demonstra, a toda evidência, que devemos fazer um realinhamento da interpretação do ordenamento jurídico penal até para convergir com os objetivos da atuação judicial na seara punitiva; prevenir e reprimir os delitos.”²⁷⁷
Autos nº 0136559-69.2014.8.09.0079/TJGO

Trata-se de demonstrar que os juízes criminais, em sua maioria, têm uma visão extremamente negativa do tráfico de drogas, sendo esse crime, segundo essa visão, de extrema gravidade, razão pela qual deve ser sancionado com o máximo rigor da lei penal.

Conforme já abordado no primeiro capítulo, quando se falou da persecução penal ao tráfico de drogas, a verdade é que esse crime é de pouca gravidade, uma vez que é de perigo (e não de lesão); não tem vítima concreta e; é praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. É um delito não hediondo que foi equivocadamente atribuído o rótulo da hediondez. Falta para as pessoas que trabalham cotidianamente com processos penais desse crime, essa visão a respeito do tráfico de drogas.

Portanto, diferentemente do entendimento majoritário a respeito de ingresso de terceiros em domicílios alheios para realizar o flagrante delito de tráfico de drogas, não é possível ser feito sem prévia autorização judicial, tendo em vista que a expressão flagrante delito, prevista no artigo 5º, XI da Constituição como uma forma de relativizar o direito à inviolabilidade de domicílio, deve ser interpretada em conformidade com a prestação de socorro e com o desastre, que são situações em que uma vida humana está em perigo.

Ademais, o crime permanente deve ter uma leitura restrita, podendo terceiros ingressar em residências de outrem apenas nos crimes mais graves, como cárcere privado, sequestro e extorsão mediante sequestro.

²⁷⁷ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 167 e 168.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O flagrante domiciliar de tráfico de drogas apresenta um conflito entre o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e a persecução penal por parte do poder público. Tal conflito é visualizável no artigo 5º, XI da Constituição brasileira, onde está previsto, expressamente, o direito à inviolabilidade de domicílio, mas também está previsto, expressamente, o flagrante delito como uma modalidade que excepciona esse direito.

A inviolabilidade de domicílio é uma modalidade do direito à intimidade e desde a primeira Constituição brasileira está prevista no ordenamento jurídico nacional. Além do flagrante delito, é possível encontrar no referido artigo 5, XI a prestação de socorro, o desastre e o cumprimento de ordem judicial como outras formas de relativizar à inviolabilidade de domicílio.

No que tange à persecução penal estatal, tal forma começou a predominar a partir do advento do Estado moderno e teve como principais características a filosofia contratualista e o confisco do conflito. É o modelo em que o poder público confisca o conflito existente entre a vítima e o agressor, sob o pretexto de que o delito não atinge somente a vítima, mas também o corpo do monarca e também a sociedade, além de evitar uma reação mais agressiva por parte do ofendido.

Tanto o contratualismo, como o confisco do conflito possuem várias críticas, sendo as principais delas: 1) o suposto caráter consensual do contrato social, razão pela qual ignoram-se os aspectos conflituais da sociedade; 2) o caráter ficcional do contrato social; 3) o fato do confisco do conflito não se importar com a vítima, tratando-a como um objeto ou um meio de prova; 4) a verticalização imposta pelo poder público.

A persecução penal ao tráfico de drogas difere da lógica do confisco do conflito, uma vez que não se trata mais de crime de bem jurídico individual, em que há uma vítima concreta e um bem jurídico é lesionado. Trabalha-se com outro paradigma, onde o Direito Penal está voltado para prevenir riscos, onde são criminalizadas meras condutas sem que necessariamente ocorra lesão ao bem jurídico; prioriza-se o cuidado com os bens jurídicos coletivos e; é possível o uso de atos administrativos como complemento das normas incriminadoras,

razão pela qual passou-se a adotar as nomenclaturas Direito Penal de risco, administrativização do Direito Penal e Direito Penal de terceira velocidade.

Tais fenômenos também são passíveis de críticas e, dentre elas, podem ser encontradas a relativização de direitos e garantias fundamentais em detrimento da persecução penal, onde se apela à segurança para restringir direitos e garantias; a prevalência da ideia catastrofista presente no conceito de “sociedade de risco”; a crença no sistema penal como o grande mecanismo para a proteção de bens jurídicos, em especial os bens coletivos.

No que diz respeito à prisão em flagrante, ela tem previsão constitucional e legal (artigos 5º, LXI da Constituição e 301 e seguintes do Código de Processo Penal). Quanto às formas de flagrante, interessa para a temática deste trabalho o flagrante próprio, previsto no artigo 302, I do Código de Processo Penal, que dispõe que a prisão em flagrante correrá quando o agente estiver cometendo o crime, uma vez que, *ao guardar ou ter em depósito* drogas, o agente está cometendo crime, pois trata-se de situação de crime permanente.

Em relação às modalidades vedadas em lei de prisão em flagrante, a que mais se destaca para o flagrante domiciliar de tráfico de drogas é o flagrante forjado, haja vista que o agente policial, ao ingressar no domicílio de outrem, pode não encontrar substância ilícita e, para evitar eventual e futuro processo por abuso de autoridade e invasão de domicílio, “planta” os entorpecentes na residência que ingressou.

Ainda a respeito da prisão em flagrante, importante destacar que ela possui natureza precautelar, e não cautelar, como costumeiramente parte da doutrina costuma classificar. Isso significa que o flagrante é uma medida precária, não podendo manter ninguém preso por um longo período de tempo, a não ser por vinte e quatro horas.

No que se refere aos crimes permanentes, conforme disposição do artigo 303 do Código de Processo Penal, o flagrante pode ser feito a qualquer momento enquanto não cessar a permanência. Em razão desse fato, a jurisprudência e a doutrina nacional tendem a elastecer o conceito de crime permanente, fazendo com que muitos crimes instantâneos sejam atribuídos como se permanentes fossem. Especificamente em relação ao tráfico de drogas, como esse delito possui dezoito verbos nucleares, dependerá de qual verbo o agente praticará. Os verbos mais comuns usados para os flagrantes domiciliares de tráfico de

drogas são *guardar e ter em depósito*. Esses dois verbos se referem a situações de permanência delitiva.

Ainda sobre o flagrante no tráfico de drogas (o que inclui o domiciliar), é preciso cuidado ao interpretar a palavra *inafiável*, que foi atribuída a esse crime, inclusive dentro do texto constitucional (artigo 5º, XLIII). A leitura mais adequada dessa palavra é liberdade sem fiança, para que seja compatível com a presunção de inocência, também prevista na Constituição.

A audiência de custódia, implementada no Brasil por meio de resolução do Conselho Nacional de Justiça e somente depois, em 2019, passou a integrar o texto legal, especificamente no artigo 310 do Código de Processo Penal, é um avanço no controle da legalidade da prisão em flagrante. Nela, o julgador poderá fazer o controle, *a posteriori*, da prisão em flagrante domiciliar de tráfico de drogas.

Ademais, ainda a respeito do flagrante delito, necessário abordar a participação policial, principalmente nos flagrantes domiciliares, tendo em vista que na maioria das vezes é esse agente estatal que entra nas residências alheias com a finalidade de cessar a prática delitiva. O que se percebe nos processos penais decorrentes de busca domiciliar de drogas sem prévia autorização judicial, é todo o contexto probatório, no que tange à autoria, ser fundamentado na versão apresentada por esses agentes. Para conceder legitimidade aos depoimentos desses agentes, utiliza-se da ideia do Direito Administrativo em que a atuação do funcionário público é presumida de boa-fé. Tal entendimento não pode ser aplicado nos processos judiciais criminais, tendo em vista que o ato de testemunhar é personalíssimo, não podendo ser confundido com a suposta boa-fé dos agentes estatais. Além disso, a versão apresentada pelos policiais perde credibilidade quando se nota que eles estão na linha de frente da denominada “guerra às drogas”, bem como recebem incentivos do governo para realizar mais prisões ou têm metas para cumprir, de modo que os depoimentos dos policiais não podem ser usados para fins de sentença penal condenatória.

Ingressando em como a questão do flagrante domiciliar de tráfico de drogas é tratada pelos Tribunais Superiores, destaca-se o recurso extraordinário nº 603.606/RO, quando essa temática foi objeto de repercussão geral.

No referido recurso, que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, predominou o entendimento de que, por se tratar de crime permanente, é possível que terceiros ingressem em domicílios alheios para realizar o flagrante delito de tráfico de drogas, desde que presentes fundadas razões, não configurando as fundadas razões denúncias anônimas, por exemplo. Também foi fixado o entendimento de que compete ao juiz, posteriormente, fazer o controle da legalidade do flagrante.

O Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado essa temática, como no recurso especial nº 1.574.681/RS e nos habeas corpus nºs 598.051/SP e 663055/MT, todos de relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz, entendeu-se que é possível ingressar em domicílios de outrem para fazer o flagrante delito de tráfico de drogas por se tratar de crime permanente, desde que presentes as fundadas razões, seguindo, dessa forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Mas essas decisões foram além e fixaram outros critérios limitativos, como a urgência.

No último tópico do presente trabalho, procurou-se apresentar uma outra leitura acerca dessa questão, em que não é possível o ingresso de terceiros em domicílios alheios para realizar o flagrante delito de tráfico de drogas sem prévia autorização judicial, haja vista que o flagrante delito, como exceção à inviolabilidade de domicílio, deve ser interpretado em conformidade com a prestação de socorro e com o desastre, que são situações em que uma vida humana está em risco, ou seja, só é possível o flagrante domiciliar sem anterior ordem judicial nos crimes mais graves, em que uma vida humana está em perigo.

Ademais, o conceito de crime permanente deve ser lido de forma restrita, que outrem não autorizado só pode fazer o flagrante delito domiciliar nos delitos de maior gravidade, em que uma vida humana está em risco, como é o caso do cárcere privado, do sequestro e da extorsão mediante sequestro.

Por fim, destaca-se que há uma seletividade nas residências que são alvos de entradas para fins de flagrante delito de tráfico de drogas. São, via de regra, os domicílios localizados nas periferias das grandes cidades que são invadidos (na maioria das vezes por policiais), resultando no maior número de pessoas presas e contribuindo para que o tráfico de drogas seja o crime que mais encarcera no Brasil.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.999.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. ed. 3. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. Aspectos Penais e Processuais Penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável**. Polícia Judiciária no Estado de Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma Outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BURKE, Anderson. **Vitimologia**. Manual da Vítima Penal. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas**. A História do Proibicionismo. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaios Sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico x Direito Penal Convencional**. A engenhosa arte de criminalizar os Ricos Para Punir os Pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. ed. 7. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**. Contribuição Para Crítica da Economia da Punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Audiência de Custódia e as Funções Institucionais do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 3, nº 4. Agosto de 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Maurício. **A Busca Domiciliar de Drogas e a Apreensão de Direitos Fundamentais**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 2, nº 2. Agosto de 2015.

DAVID, Décio Franco; TRENTA, Gustavo Christoffoli. **Constatações Sobre a Política Repressiva Antidrogas**: Seletividade Penal e Falácia do Bem Jurídico Saúde Pública. 10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais. Orgs. CARVALHO, Érica Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DENORA, Emmanuella. **(Re)Apropriando-se de Seus Corpos**. Direito das Mulheres ao Aborto Seguro e à Dignidade Reprodutiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIETER, Mauricio Stegemann e DE ALMEIDA, Caio Patricio. **O Eterno Retorno a um Destino Desumano – a Aposta Segregacionista da Lei Anticrime**. Lei Anticrime: um Olhar Criminológico, Político-criminal, penitenciário e Judicial. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de las Drogas**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Barcelona: Espasa, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. Curso no Collège de France (1.972-1.973). Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Do Governo dos Vivos**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GIAMBERARDINO, André. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**. A Censura Para Além da Punição. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro. V.1. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**. Uma Análise a Partir dos Direitos Fundamentais do Acusado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **“Crônicas de Estupros e Mortes Anunciadas” e a Tese de que a “Prisão Preventiva Para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional”**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 4, nº 7. Dezembro de 2017.

HOFFMANN, Henrique. **Juízos de Prognose e Diagnose do Delegado**. Polícia Judiciária no Estado de Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HOFFMANN, Henrique. **Prisão em Flagrante e Inviolabilidade de Domicílio**. Temas Avançados de Polícia Judiciária. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. **Direito Penal**. Lições Fundamentais. Parte Geral. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**. O Processo Penal sob a Perspectiva da Vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

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

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em Flagrante Delito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2018.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A Tutela da Vítima no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1. ed. 2ª Reinpresión. Buenos Aires: Thomson Reuters Civitas, 2015.

ROSA, Alexandre da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. De Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang e WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e Direito Penal**. Temas Atuais e Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático de Direito**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o Tráfico**. O Papel dos Juízes no Grande Encarceramento. 1. ed. São Paulo: a Tirant lo Blanc, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Gleison dos Santos. **Direito Penal do Risco**. A ilegitimidade do Direito Penal do Risco no Estado Democrático de Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2018.

TAIPINA, Thales Flores. **Flagrante e Prisão**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos**. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. A Perda da Legitimidade do Sistema Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZILIO, Jacson. **Direito Penal de Exceção**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Agravo no Recurso em Habeas Corpus 127.436/RN. STJ. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001206244&dt_publicacao=25/08/2020. Acesso em 15 de Abril de 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal/Decreto-Lei nº 3.689/1.941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 15 de Abril de 2021.

BRASIL. Código Eleitoral/Lei nº 4.737/1.965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em 14 de Setembro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de Abril de 2021.

BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 14 de Setembro de 2021.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente/Lei nº 8.069/1.990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 12 de Novembro de 2021.

BRASIL. HABEAS CORPUS 104.339/SP. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf>. Acesso em 20 de Dezembro de 2021.

BRASIL. HABEAS CORPUS 598.051/SP. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=I TA&sequencial=2027533&num_registro=202001762449&data=20210315&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

BRASIL. HABEAS CORPUS 663055/MT. STJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148829275®istro_numero=202101288508&peticao_numero=&publicacao_data=20220331&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

BRASIL. Inquérito nº 4.781/DF. STF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/flagrante-daniel-silveira-decisao.pdf>. Acesso em 01 de Setembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 19 de Julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.613/1.998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm. Acesso em 16 de Dezembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.826/2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em 15 de Julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 11.343/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 12 de Julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 12 de Julho de 2021.

BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Decreto nº 592. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 28 de Março de 2022.

BRASIL. Recurso em Habeas Corpus 61.956/ES. STJ. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501757776&dt_publicacao=04/12/2015. Acesso em 15 de Abril de 2021.

BRASIL. RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.681/RS. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575162&num_registro=201503076023&data=20170530&formato=PDF. Acesso em 28 de Julho de 2022.

BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616/RO. STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em 20 de Dezembro de 2021.