



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FLÁVIA SILVA SOARES

**A DELAÇÃO ANÔNIMA COMO (IN)FUNDADA RAZÃO
PARA A INVASÃO DOMICILIAR POR POLICIAIS NAS
SUSPEITAS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Salvador
2020

FLÁVIA SILVA SOARES

**A DELAÇÃO ANÔNIMA COMO (IN)FUNDADA RAZÃO
PARA A INVASÃO DOMICILIAR POR POLICIAIS NAS
SUSPEITAS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Nicory do Prado.

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIA SILVA SOARES

**A DELAÇÃO ANÔNIMA COMO (IN)FUNDADA RAZÃO
PARA A INVASÃO DOMICILIAR POR POLICIAIS NAS
SUSPEITAS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

Aos meus pais, pelo amor, cuidado, suporte
e força de sempre.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais por todo o suporte incondicional de sempre. Não teria conseguido sem as suas inúmeras palavras de conforto e encorajamento. Cada um com sua maneira única, vocês foram essenciais na construção desse trabalho e de toda a minha vida acadêmica, profissional e pessoal. Muito obrigada por serem a minha fonte inesgotável de força e aprendizado.

Agradeço ao meu orientador, professor Daniel Nicory, a quem devo a honra de ter aceitado o convite de me orientar e a gratidão eterna por ser sempre solícito, paciente e por confiar no meu potencial. É um professor e defensor público por quem nutro sincera admiração.

Ao meu professor Roberto Gomes, por todas as indicações bibliográficas e pelas considerações críticas em sala de aula, que me fizeram abrir os olhos para as tantas particularidades do direito processual penal.

De igual forma, gratidão ao professor Misael França, com quem trabalhei no Ministério Público Federal e que se tornou uma referência acadêmica para mim. Pela imensa ajuda que me ofertou na elaboração deste trabalho, o meu muito obrigada.

Meu agradecimento também à Defensoria Pública do Estado da Bahia, em nome do meu supervisor de estágio, Dr. José Brito, por todo o aprendizado e contato com a prática processual penal, que me levou ao tema desta monografia.

Agradeço a Caio, por ser a minha calma, a minha descontração e o meu apoio em todos os momentos. Às minhas meninas, Beatriz Almeida, Beatriz Faddoul, Carolina Castro, Juliana Carvalho e Mariana Sales, pela amizade, torcida e parceria durante todo esse período.

Aos meus demais amigos e familiares, muito obrigada por tudo! Não tenho dúvidas de que o incentivo e o amor de vocês me trouxeram até aqui. Não existem palavras suficientes para agradecer à rede de apoio incrível que me cerca. Meus amigos e minha família, vocês foram essenciais em todos os momentos. Obrigada, obrigada, obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo principal identificar se a delação anônima consiste em fundada razão suficientemente apta a justificar a invasão domiciliar efetuada por policiais nas suspeitas de tráfico de drogas. Para tanto, restará necessário contextualizar, de início, a política adotada pelo Brasil no que tange ao controle penal das substâncias entorpecentes, as suas origens e os seus impactos, bem como elucidar as características do tipo penal do tráfico de drogas e tratar acerca das críticas doutrinárias feitas à construção legislativa do mencionado tipo. Demais disso, pretende-se abordar as espécies de *notitia criminis*, conceituar a notícia crime anônima e estudar os seus desdobramentos, como a prisão em flagrante delito e a busca domiciliar. Neste ponto, também busca-se destrinchar a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio e a proteção penal que lhe é conferida, além de elencar as principais espécies de flagrante delito e examinar as particularidades do flagrante e da busca domiciliar em crimes permanentes. Outrossim, esta monografia propõe-se a determinar a concepção de prova ilícita e a sua possível utilização no processo penal, assim como deslindar o tema da prova ilícita por derivação. Ademais, intenta-se esclarecer o valor probatório da notícia apócrifa e dos seus atos decorrentes, em especial durante a investigação preliminar. Por fim, é propósito desta pesquisa analisar o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) 603.616, no ano de 2015, quanto ao tema da invasão domiciliar realizada por agentes estatais nos casos de flagrante de crimes permanentes, e se este posicionamento vem sendo seguido, de acordo com julgados recentes, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Palavras-chave: delação anônima; violação de domicílio; tráfico de drogas; flagrante delito; busca domiciliar; fundadas razões.

ABSTRACT

The present paper seeks to identify if the anonymous reporting consists as a fair cause to justify the unauthorized entry of homes by police forces when a drug-trafficking crime is suspected. Therefore, it is necessary to first contextualize the policy adopted by Brazil concerning to the criminal control of narcotic substances and its origin and consequences. It is also important to clarify the characteristics of drug-trafficking as a criminal matter and address about doctrinal criticism that has been made to the previous mentioned legislative structure. Also, this work aims to approach types of *notitia criminis*, conceptualize the anonymous reporting and study its developments, such as the home search and the flagrante arrest. At this point, it will be necessary to investigate the constitutional guarantee of the home inviolability and its criminal statutes protection, to list the most important types of flagrante delicto and look into the peculiarities of the home search in cases of continuous crimes. In addition, this paper intends to determinate the conception of inadmissible evidence and its possible utilization on the criminal procedure, as well as the fruits of the poisonous tree theory. Moreover, it seeks to explain the evidentiary value of the anonymous report and its acts related. Finally, this paper's purpose is to analyze the decision of the Supreme Court on the RE 603.616, that established its position about the home search by police forces in cases of flagrante delicto in continuous crimes, and if this thesis has been followed by the Superior Court of Justice and the Bahia's Court of Justice.

Keywords: anonymous reporting; drug-trafficking crime; unauthorized entry of homes; in flagrante delicto; home search; fair cause.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
APF	Auto de Prisão em Flagrante
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
Desa.	Desembargadora
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O CONTROLE PENAL DE DROGAS NO BRASIL	14
2.1 O TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/2006	17
2.2 MODELO PROIBICIONISTA	22
2.2.1 Origens históricas	25
2.2.2 Impactos da política proibicionista	28
3 A NOTITIA CRIMINIS E SEUS DESDOBRAMENTOS	33
3.1 DELAÇÃO ANÔNIMA: A NOTÍCIA CRIME INQUALIFICADA	34
3.2 PRISÃO EM FLAGRANTE	39
3.2.1 Espécies de flagrante	41
3.2.2 Prisão em flagrante em crime permanente	42
3.3 BUSCA DOMICILIAR	43
3.3.1 Inviolabilidade de domicílio	45
3.3.2 Busca domiciliar em caso de flagrante delito	48
4 A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	52
4.1 TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	56
4.1.1 Inadmissibilidade absoluta	56
4.1.2 Admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade	57
4.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	59
4.3 O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO ANÔNIMA E DOS ATOS DECORRENTES	62
5 FUNDADA RAZÃO PARA A INVASÃO DOMICILIAR	66
5.1 ENTENDIMENTO DO STF: RE 603.616	69
5.2 ALGUNS JULGADOS PERTINENTES	75
5.2.1 Superior Tribunal de Justiça	75
5.2.2 Tribunal de Justiça do Estado da Bahia	82
5.3 TRÁFICO DE DROGAS E A DELAÇÃO ANÔNIMA COMO (IN)FUNDADA RAZÃO PARA A INVASÃO DOMICILIAR POR AGENTES POLICIAIS	86
6 CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a delação anônima é de grande importância para a atuação investigativa brasileira, tendo em vista que preserva a identidade do cidadão denunciante que pretende auxiliar na elucidação de um possível crime, sem que se sinta intimidado ao fazê-lo. Todavia, há também extrema relevância em estudar o alcance desta *notitia criminis*, já que uma investigação criminal possui efeitos profundos na vida do investigado, em especial por possibilitar a execução de medidas invasivas e violadoras de direitos fundamentais contra o indivíduo.

Nas situações em que se relata uma suposta flagrância, a delação anônima possui forte impacto. É a partir desta notícia que os agentes estatais se deslocarão ao local de ocorrência do possível crime, efetuarão diligências para elucidar a questão e, se confirmada a informação, prenderão em flagrante delito os supostos autores.

A controvérsia surge quando o suposto flagrante está ocorrendo dentro do domicílio do indivíduo. Isto porque a Constituição Federal de 1988 garante que a casa é asilo inviolável, impossibilitando a entrada forçada de qualquer pessoa que seja, salvo em determinados casos, bem como determina a vedação ao anonimato, impondo um óbice às manifestações anônimas.

Em que pese uma das exceções previstas pela Constituição à inviolabilidade de domicílio seja o flagrante delito, a temática ganha especial relevo no que diz respeito ao tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que é classificado pela doutrina como crime permanente, tornando o seu flagrante protraído no tempo, enquanto durar a sua prática.

Ocorre que o crime de tráfico se mostra, muitas vezes, imperceptível e silencioso quando se dá dentro de uma residência, o que dificulta (ou até impossibilita) a percepção do seu cometimento. Além disso, não há previsão legislativa e nem consenso jurisprudencial quanto ao que se pode considerar como fundada razão para a invasão domiciliar de policiais nesses casos.

Nessa conjuntura, surge o dilema orientador deste estudo: a delação anônima, por si só, configura-se fundada razão para a invasão domiciliar, por autoridades policiais, nas suspeitas de prática de tráfico de drogas?

A fim de solucioná-lo, a monografia que ora se inicia buscará definir os conceitos de delação anônima, da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e do delito de tráfico de drogas. Uma vez tais preceitos estabelecidos, será feita uma detida análise acerca da suficiência

da delação anônima para justificar a invasão domiciliar por policiais, especificamente nas suspeitas de prática de tráfico de drogas.

Para este fim, será indispensável abordar a temática da ilicitude das provas e as suas consequências, dado que a invasão domiciliar sem autorização judicial é, em regra, uma prática abusiva, tornando os elementos probatórios colhidos por meio dela ilícitos, impossíveis de serem utilizados para a deflagração de um processo penal.

As espécies de flagrante e o próprio contexto das prisões em flagrante, realizadas, normalmente, pela polícia ostensiva, também serão abordados com profundidade, pois determinantes para a compreensão do tema em comento.

Demais disso, a prática forense indica que existe uma forte influência da delação anônima nos crimes de tráfico de drogas, uma vez que é utilizada por autoridades policiais como justificativa para a entrada em domicílio sem autorização judicial, a fim de tornar livre de vícios a diligência investigativa e a própria prisão em flagrante. Assim, um exame aprofundado acerca das características e particularidades do tráfico de drogas, bem como da política adotada pelo Brasil para o controle das substâncias entorpecentes será essencial para o desenvolvimento satisfatório da monografia.

Importará destacar, por fim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal perfilhado no Recurso Extraordinário nº 603.616 acerca da necessidade de se fundamentar, posteriormente, a invasão domiciliar – isto é, aquela sem autorização judicial – efetuada por agentes do Estado nas hipóteses de flagrante delito de crimes permanentes. De igual forma, serão analisados julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para examinar se o entendimento do STF vem sendo seguido.

Do ponto de vista técnico, o tipo de pesquisa a ser utilizado na construção desta monografia se concentrará na pesquisa bibliográfica, por meio do estudo de livros, artigos e periódicos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, análise do conteúdo da legislação e das decisões jurisprudenciais.

A abordagem do problema de pesquisa sucederá de maneira qualitativa, na qual, através das fontes supracitadas, busca-se interpretar o fenômeno temático descrito, mediante uma abordagem subjetiva e interpretativa.

Por último, o método de fundamentação que será utilizado para o desdobramento deste trabalho será o hipotético-dedutivo, o qual consiste em submeter a hipótese apresentada a um processo

de falseamento, a fim de confirmá-la. Esse processo ocorrerá a partir de críticas doutrinárias, decisões judiciais e da análise dos fatos sociais pertinentes ao tema.

Juridicamente, a importância do tema acima explicitado perpassa pelo fato de que não há, jurisprudencialmente e doutrinariamente, consenso acerca do valor probatório da “denúncia” anônima, nem da sua aptidão para justificar determinados atos invasivos, como a busca domiciliar sem mandado. A jurisprudência brasileira é dissonante quanto à configuração da delação anônima como fundada razão para a entrada forçada de policiais nos domicílios dos cidadãos, especialmente nas suspeitas de tráfico de drogas, em que há extrema fragilidade na defesa processual do acusado.

No âmbito social, a relevância do tema proposto se dá pela grande quantidade de prisões em flagrante que decorrem de meras “denúncias” anônimas, contribuindo para o aumento imediato da população carcerária, ainda que a custódia não se mantenha. Outrossim, há significativo relevo em confirmar se a notícia anônima invalida uma invasão domiciliar, para eventuais formas de defesa dos moradores contra possíveis arbitrariedades policiais.

Para análise do problema de pesquisa, dividiu-se o estudo em seis capítulos, sendo quatro deles reservados para o desenvolvimento do tema.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, explorou-se acerca da política adotada pelo Brasil no controle penal de drogas, o proibicionismo, examinando-se as suas origens e os seus impactos. Tratou-se também acerca do tipo penal de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, verificando as suas particularidades dogmáticas e apontando as críticas doutrinárias existentes no que tange à estrutura da redação do referido tipo e aos seus efeitos no processo penal.

O segundo capítulo de desenvolvimento se destinou a conceitualizar institutos necessários à compreensão do problema de pesquisa delineado nesta monografia, a saber: a *notitia criminis* anônima, a busca domiciliar, o flagrante delito e, de forma mais específica, a situação da busca domiciliar em flagrante delito (notadamente, nos casos de crimes permanentes). De igual forma, conceituou-se a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio e a proteção penal conferida à casa do cidadão, pelo Código Penal, Código Penal Militar e pela Lei de Abuso de Autoridade.

Já o terceiro capítulo ingressou no debate acerca do tratamento conferido pelo direito processual penal brasileiro à temática das provas ilícitas. Neste ponto, abordou-se teorias doutrinárias de admissibilidade e inadmissibilidade desses elementos probatórios, descreveu-se a prova ilícita

por derivação e as suas implicações práticas. Ao fim, foi realizado um estudo no que concerne ao valor probatório da *delatio criminis* anônima e dos seus atos decorrentes.

Por último, no quarto capítulo de desenvolvimento, procedeu-se um exame detido sobre a fundada razão para invasão domiciliar, debruçando-se acerca da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 603.616 para as hipóteses de flagrante delito em caso de crime permanente. Em seguida, foram analisados julgados pertinentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a fim de aferir os efeitos da decisão do Supremo nas instâncias inferiores e, em especial, como se dá o tratamento jurisprudencial à delação anônima nos casos de tráfico de entorpecentes.

Ademais, no mesmo capítulo, cuidou-se de investigar se a notícia crime anônima constitui fundada razão para a invasão domiciliar por policiais nas suspeitas de tráfico de drogas, problema de pesquisa colocado no presente escrito, a partir de uma análise doutrinária e de alguns julgados oportunos do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, espera-se que esta monografia demonstre que a denúncia anônima, isoladamente, não configura fundada razão para a entrada forçada de policiais em domicílios onde ocorrem suspeitas de prática de tráfico de drogas, expondo a necessidade de se restringir a relevância conferida a essa notícia crime inqualificada, em nome de princípios basilares de um processo penal desenvolvido num Estado Democrático de Direito.

2 O CONTROLE PENAL DE DROGAS NO BRASIL

Tratar sobre o contexto, a origem histórica e os impactos do controle penal de drogas no Brasil é essencial para os fins aos quais se propõe o presente trabalho. Compreender o cenário em que se encontra a política de drogas brasileira é premissa básica para assimilar as temáticas centrais deste estudo, como a atuação policial e os elementos processuais-probatórios, já que ambos travam uma relação muito particular com tipo penal de tráfico.

A presença constante das substâncias psicoativas na vida humana e os seus efeitos levaram a um enquadramento moral, político e jurídico oscilante a seu respeito, em que a supervalorização de determinadas drogas convive, muitas vezes no mesmo momento histórico, com a demonização de outras, ainda que não haja justificativa racional para essa distinção (PRADO, 2013, p. 13).

Como tantas outras coisas existentes na natureza ou criadas pelo homem, as drogas geram benefícios e malefícios, estes, inclusive, podendo impactar perigosamente a vida de quem as utiliza e a de terceiros. Por isso, há a necessidade de controle; contudo, “controlar não se resume a proibir, proibir não se resume a criminalizar, e criminalizar não se resume a encarcerar” (PRADO, 2013, p. 14).

Todavia, é sabido que a opção brasileira não foi a de adotar um controle preventivo sobre essas substâncias, mas sim um controle repressivo. A legislação brasileira sobre drogas ao longo da história sofreu forte influência das Convenções das Nações Unidas das quais o país é signatário. O Brasil se comprometeu a combater o tráfico e a reduzir o consumo e a demanda dessas substâncias mediante todos os instrumentos estatais disponíveis, inclusive (e principalmente) pela via do controle penal (RODRIGUES, 2006, p. 134).

Para além do comprometimento oficial com o sistema internacional de controle de drogas, as estreitas ligações do Brasil com os Estados Unidos levaram à adoção do modelo proibicionista norte-americano de combate às drogas, que foi implementado como parte da política externa dos EUA nos países da América Latina, com especial destaque para a Colômbia. Com esse posicionamento, o Brasil se manteve inicialmente afastado do modelo prevencionista de controle de entorpecentes, adotado na maioria dos países da Europa Ocidental (RODRIGUES, 2006, p. 134).

Esse modelo repressivo de controle não existe no Brasil desde sempre; foi se fortalecendo ao longo do tempo. O Código Penal Republicano, promulgado em 1890, previa o crime de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades exigidas

pela lei”, mas era punido apenas com multa. O consumo pessoal dessas substâncias não era criminalizado até então (RODRIGUES, 2006, p. 136).

A primeira lei que puniu com pena de prisão de um a quatro anos o comércio não autorizado de cocaína, ópio e seus derivados foi editada em 1921: o Decreto n. 4.294, sob fortes influências internacionais, como a Convenção de Haia sobre Ópio de 1912. Com a ascensão política de Getúlio Vargas, editou-se nova norma penal em 1932, a qual previu, expressamente, um rol de substâncias consideradas entorpecentes, incluindo o ópio, a cocaína e a *cannabis* (RODRIGUES, 2006, p. 137).

No surgimento do Estado Novo, período ditatorial, houve o endurecimento da legislação penal, com a criminalização do uso de entorpecentes e a proibição do *sursis* e do livramento condicional para os condenados por crimes de drogas, o que foi seguido pelas legislações posteriores (RODRIGUES, 2006, p. 140).

Com a promulgação do Código Penal em 1940, previu-se o delito de “comércio clandestino ou facilitação ao uso de entorpecentes”. Além disso, o legislador adotou a técnica da lei penal em branco, isto é, a utilização de fórmulas genéricas e conceitos imprecisos, a fim de aumentar o espectro de criminalização, abarcando um maior número de condutas (RODRIGUES, 2006, p. 140-141).

No momento posterior à codificação, o legislador brasileiro passou a editar leis específicas no período conhecido como o de “descodificação penal”, como fora o caso da Lei nº 6.368/76, que tratava sobre medidas de repressão e prevenção ao tráfico ilícito de entorpecentes¹. Salo de Carvalho (2007, p. 185) destaca a preservação do emprego de preceitos em branco, dos tipos penais vagos e das qualificações genéricas de condutas, a fim de permitir mecanismos de sintonia do sistema punitivo com os avanços ocorridos no campo da repressão às drogas ilícitas.

Segundo Rosa Del Olmo (1990, p. 34), a América Latina da década de sessenta fora marcada pela existência de um discurso duplo sobre a temática das drogas, com a manutenção de um modelo sanitário-médico para o consumidor da substância, considerado como dependente químico, e, de outro lado, a criação de um modelo bélico-jurídico para o traficante, que se tornou o criminoso, o delinquente da sociedade.

¹ A referida lei continha a seguinte descrição: “Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”.

Essa diferenciação entre o traficante como delinquente e o consumidor da droga como doente advinha do fato de que a condição social desses dois indivíduos era notadamente distinta: geralmente, os traficantes provinham das periferias, das classes financeiramente menos abastadas, enquanto os consumidores eram considerados “filhos de boa família”, pessoas das camadas sociais economicamente privilegiadas (OLMO, 1990, p. 34).

A Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, fora promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 54.216 em 1964, significando um comprometimento oficial do país com o combate internacional às drogas e com a intensificação de um controle bélico e repressivo. O momento político brasileiro propiciou o aumento da repressão por meio da redução das liberdades democráticas (RODRIGUES, 2006, p. 142).

Vera Malaguti Batista (1998, p. 122) esclarece que “o mito da droga” começa a se estabelecer a partir dos anos setenta, por meio de uma estrutura social guiada pelas leis de oferta e demanda concomitante a uma carga ideológica disseminada pela mídia e acolhida pelo imaginário da população, parte de uma estratégia dos países capitalistas centrais.

No período compreendido entre o fim da ditadura militar brasileira e o início da redemocratização (1978-1988), desloca-se a figura do inimigo interno para o criminoso comum, permitindo, dessa forma, a preservação intacta do contexto de controle social. As campanhas maciças de pânico social possibilitaram uma internalização e relativização do autoritarismo, sob o argumento de uma suposta luta contra a criminalidade (BATISTA, 1998, p. 122).

A assunção de compromissos internacionais no sentido de controlar penalmente a questão das drogas provocou efeitos significativos no direito interno brasileiro, a começar pela Constituição Federal de 1988. Esta previu um regime jurídico de rigor máximo para o crime de tráfico e equiparou-o aos hediondos, estes que, por meio de posterior regulamentação legislativa, deveriam ser insuscetíveis de graça, anistia ou fiança (PRADO, 2013, p. 25).

Além disso, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de extradição do brasileiro naturalizado por prática de tráfico de entorpecentes anterior à aquisição da nacionalidade e a expropriação de terras destinadas ao plantio de substâncias psicotrópicas. Vê-se, portanto, que a Constituição considerada como cidadã em termos de direitos individuais adotou um regime com restrições severas às garantias fundamentais mais básicas do cidadão em nome do combate das drogas consideradas ilícitas (PRADO, 2013, p. 26).

Nota-se uma grave incongruência sistemática no que tange ao tratamento constitucional sobre a matéria de drogas – claramente inspirada numa política internacional – quando se compara ao

tratamento dado a outros crimes de igual ou superior gravidade e repercussão internacional. Exemplo nítido é a ausência de hipótese de expropriação para o proprietário de imóvel que utilize mão de obra análoga à escrava ao exercer sua atividade econômica (PRADO, 2013, p. 27).

Estudiosos que defendem uma política antiproibicionista acerca do debate sobre as drogas ilícitas argumentam que o diálogo em busca de um modelo de controle não repressivo, com a regulação estatal da produção dessas substâncias, torna-se inviável quando há uma Constituição que professa o proibicionismo de maneira tão radical (PRADO, 2013, p. 27).

É nesse contexto de controle repressivo, inspirado pela política internacional e assumido drasticamente pela Constituição de 1988, que se insere o atual tratamento conferido ao tipo penal de tráfico de entorpecentes no Brasil.

2.1 O TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/2006

Atualmente, o delito de tráfico de drogas encontra-se tipificado no artigo 33² da Lei 11.343/06, que atribui pena cominada de 05 a 15 anos de reclusão para o indivíduo que praticar qualquer um dos dezoito verbos nucleares previstos em sua redação. Diante da diversidade dos verbos, a doutrina o classifica como crime de ação múltipla, mas é silente, na maior parte das vezes, quanto à grave afronta ao princípio da legalidade, que consagra a objetividade e a clareza do tipo penal, prejudicadas pela abertura demasiada do texto (VALOIS, 2017, p. 421-422).

O propósito do legislador, com inspiração norte-americana, foi a criação de um crime de fácil apuração e condenação, em nome da chamada guerra às drogas. A relativização da comprovação do dolo e a máxima ampliação dos verbos contidos no dispositivo foram idealizados para facilitar a atividade policial na captura de qualquer pessoa envolvida com uma substância de uso proscrito no Brasil (VALOIS, 2017, p. 420).

A redação do artigo 33 é uma clara expressão do uso do direito penal como medida de polícia, afastando a legislação penal da função de instrumento contra o poder punitivo do Estado. A

² 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, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

dogmática penal (doutrinadores, professores, pesquisadores) não esteve presente na elaboração do tipo de tráfico de entorpecentes, o que demonstra, mais uma vez, o caráter repressivo da política de drogas brasileira (VALOIS, 2017, p. 421).

Luís Carlos Valois (2017, p. 424) afirma ainda que a guerra às drogas atinge as garantias fundamentais dos cidadãos das mais diversas formas. Especialmente quanto ao direito penal, a ampliação em demasia do artigo 33 compromete a racionalidade do sistema penal como um todo e fulmina a sua função instrumental e garantista de coibir os arbítrios do Estado.

Além disso, observa-se que a pena máxima para o crime de tráfico de drogas no Brasil é de 25 (vinte e cinco) anos, se considerada a pena máxima cominada no artigo 33 combinada com a causa de aumento do artigo 40³, ambos os dispositivos da Lei de Tóxicos. Em contrapartida, a pena máxima cominada ao homicídio simples é de 20 (vinte) anos (artigo 121, *caput*, Código Penal), o que demonstra uma completa desproporcionalidade quando se analisa os bens jurídicos tutelados – saúde pública *versus* vida (VALOIS, 2017, p. 427).

A Lei de Drogas emprega a técnica de lei penal em branco, mantendo a tradição legislativa anterior (Lei n. 6.368/1976). Paire certa discussão acerca da constitucionalidade dessa utilização, tendo em vista que se trata de uma lei penal em branco heterogênea, isto é, o complemento demandado para a sua aplicação advém de ato de hierarquia inferior, ou seja, infralegal. Isto porque o alcance da Lei nº 11.343/2006 é dado pela lista F da Portaria nº 344/98, redigida pela antiga Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, hoje substituída pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que estabelece quais são as substâncias de uso proscrito no Brasil (PRADO, 2013, p. 34).

³ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Nesse ponto, o questionamento doutrinário ocorre porque o direito penal está submetido ao princípio da legalidade, então a delegação de competência ao Executivo para preencher as lacunas de uma lei penal a fim de possibilitar a sua aplicação constitui um contrassenso. No entanto, a numerosa quantidade de presos e condenados pelo crime de tráfico é um indicativo incontestável de que a jurisprudência brasileira ratifica a constitucionalidade das leis penais em branco heterogêneas (PRADO, 2013, p. 37).

No entendimento de Salo de Carvalho (2007, p. 188), “a flexibilização do princípio da legalidade, por menor que seja, produz efeito irreversível na base do sistema de garantias, proliferando inúmeras formas de abertura da tipicidade”. Desse modo, para além do uso de preceitos em branco, os artigos 33 e 34⁴ da Lei de Tóxicos incriminam atos meramente preparatórios, sem que haja a necessária violação ou o perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Carvalho (2007, p. 200-201) aponta outro problema na tipicidade do crime de tráfico: a incriminação indistinta dos diversos verbos nucleares enseja desproporcionalidade em relação ao artigo 28⁵ da mesma Lei, que prevê o dolo específico “para consumo pessoal”, mas conta com alguns verbos idênticos ao tipo injusto de tráfico (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas).

Assim, a única maneira de enquadrar determinadas condutas no artigo 28, cujas penalidades são brandas (advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas), seria provando o dolo específico de consumo pessoal. Qualquer outra conduta com intenção diversa, independente da destinação comercial, enquadra-se como crime de tráfico, decorrência da generalidade do dolo do artigo 33 (CARVALHO, 2007, p. 201).

Esse cenário gera, na jurisprudência brasileira, uma tendência à inversão do ônus da prova para que o réu comprove a finalidade de consumo pessoal da droga; do contrário, será punido como traficante. Ocorre uma liberação do órgão acusador da sua obrigação processual imposta pela CF/88 de reunir todos os elementos probatórios necessários para a demonstração do fato

⁴ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

⁵ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

delituoso, neste caso, que a conduta não se direcionava para o uso próprio ou compartilhado e sim para o comércio (CARVALHO, 2007, p. 201).

Essa inversão probatória afronta o princípio da presunção de inocência, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, do qual se extrai uma regra probatória fundamental: a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, nunca este de provar sua inocência (TÁVORA, 2019, p. 72).

Constata-se, portanto, que o ônus muitas vezes imposto pelos juízes ao denunciado de provar a sua finalidade de consumo pessoal da substância entorpecente consiste numa clara afronta ao princípio da não culpabilidade, princípio este fundamental à manutenção do sistema acusatório que rege o processo penal brasileiro.

Neste ponto, destaca-se que há um debate acerca da criminalização do consumo pessoal de substâncias ilícitas⁶. Isto porque, se o consumo é pessoal, o usuário afeta a sua saúde individual, não a pública, consistindo, assim, numa conduta de autolesão (MARONNA, 2012, p. 01). No mesmo sentido, Daniel Nicory do Prado (2013, p. 49) questiona a legitimidade da criminalização de um comportamento que, diretamente, afeta apenas o indivíduo que o provoca, não afetando a esfera jurídica de terceiros.

Cristiano Ávila Maronna (2012, p. 01) explica que se convencionou utilizar o discurso jurídico de que a criminalização do consumo pessoal de drogas se justifica para fins de repressão do tráfico de drogas, já que não haveria comércio clandestino se não houvesse mercado consumidor. Contudo, aceitar essa justificativa significa adotar a responsabilidade objetiva na seara penal, tendo em vista que o consumidor estaria sendo punido por atos de terceiro, qual seja, do traficante.

Outrossim, a Lei de Tóxicos se ocupa de estabelecer critérios apenas para a verificação do consumo pessoal. Para isso, a autoridade deve observar a droga, a conduta e o agente. No que diz respeito à droga, deve-se analisar a quantidade e a natureza; à conduta, os locais e as condições em que se desenvolveu; ao agente, as circunstâncias pessoais, sociais, sua conduta social e os seus antecedentes (PRADO, 2013, p. 56). Luiz Flávio Gomes (2013, p. 147) entende

⁶ Sobre o tema, está em curso no Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635659, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se discute, à luz do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

que esses dados são objetivos, não conferindo margem para apreciação subjetiva do juiz ou do policial.

No entanto, diante da excessiva abertura dos critérios, considera-se essa disposição como a responsável pela explosão carcerária ocorrida após a vigência da Lei nº 11.343/06, já que, uma vez que o crime de porte de drogas para consumo pessoal não comporta mais pena privativa de liberdade, o Judiciário passou a enquadrar usuários como traficantes, valendo-se dos fatores legais extremamente vagos e da desnecessidade de se comprovar a destinação comercial da droga (PRADO, 2013, p. 56).

Além disso, é importante observar que o papel central no preenchimento das lacunas proporcionadas por esses critérios demasiadamente genéricos da Lei de Drogas é ocupado pela polícia, a partir do uso do seu poder discricionário e do seu saber policial, quando, na narrativa do flagrante, se utilizam de “expressões, linguagens e categorias que vão ser centrais para a própria definição do crime” (JESUS, 2016, p. 241).

Segundo Salo de Carvalho (2007, p. 189), o sustentáculo do sistema proibicionista advém da forma de construção da tipificação dos crimes de tráfico e de porte para consumo e da inexistência de tipos penais intermediários que representem uma gradação entre essas duas condutas. Desse modo, entre o mínimo e o máximo da resposta penal existe uma zona cinzenta que, em virtude do senso comum punitivo, normalmente pende para se encaixar em um dos dezoito comportamentos previstos no artigo 33.

Luís Carlos Valois (2017, p. 422) constata que os juízes e os tribunais brasileiros legitimam e ampliam o tipo penal de tráfico, ao invés de diminuírem a sua incidência, em nome da política repressiva. Segundo o autor, “as condutas ‘trazer consigo’ e ‘ter em depósito’ drogas entre as que tipificam o crime de tráfico é revelador do interesse do Estado em tornar o poder punitivo cada vez mais discricionário”.

Perante essa conjectura, quando uma pessoa chega ao Judiciário acusada nos termos do artigo 33 da Lei de Drogas, a figura que lhe é imposta é a de uma traficante, não sendo mais uma simples acusada, independentemente da conduta que lhe é atribuída dentre as tantas previstas no dispositivo (VALOIS, 2017, p. 457).

Demais disso, conforme retratado no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII⁷, equipara o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos amparados pela Lei nº 8.072/90, sendo estes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. No entanto, nem todos os dezoito verbos nucleares descritos no artigo 33 da Lei de Drogas podem ser considerados como tráfico (CARVALHO, 2007, p. 225).

Dessa forma, Salo de Carvalho (2007, p. 226) defende que apenas os verbos que denotam atos essencialmente de comércio podem ser classificados como tráfico de drogas (importar, exportar e vender) e, portanto, como crime hediondo. Todas as outras condutas tipificadas, por sua vez, em virtude de serem semanticamente incompatíveis com atos mercantes, não possuem natureza de tráfico, muito menos de crime hediondo.

O doutrinador defende que é “inegável perceber que a obstrução aos direitos trazida pela lei de Drogas é derivativa do comando constitucional sobre crimes hediondos” e argumenta que “a herança da Lei nº 8.072/90 na Lei nº 11.343/2006 deve ser contida em decorrência de projetar gravames de punibilidade equânimes para circunstâncias autônomas que derivam lesões absolutamente diversas ao bem jurídico tutelado” (CARVALHO, 2007, p. 229).

Sendo assim, mostra-se visível que o tipo penal de tráfico é marcado por intensos debates doutrinários acerca da sua constitucionalidade e proporcionalidade, já que a sua estrutura típica viola princípios penais basilares, como a legalidade e a presunção de inocência, além de funcionar como motivo de deslegitimação do direito penal como coibidor de abusos do *jus puniendi* estatal. Muito do que se critica na redação do artigo 33 da Lei de Drogas é relativizado pela jurisprudência e exaltado pelo Legislativo e Executivo em nome de uma política repressiva que o Brasil escolheu adotar: o proibicionismo.

2.2 MODELO PROIBICIONISTA

Uma maior intervenção do sistema penal tornou-se a ferramenta propagada por políticos de diversas ideologias ao redor do mundo para solucionar todas as mazelas sociais, funcionando

⁷ 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.

como uma falsa resposta aos anseios populacionais por segurança. A principal causa da expansão do poder punitivo foi, e continua sendo, a proibição às drogas tornadas ilícitas (KARAM, 2017, p. 212).

Maria Lúcia Karam (2007, p. 181-182) explica que o proibicionismo pode ser entendido como um posicionamento ideológico de cunho moral, que se traduz em políticas de regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, proibidos por meio de uma intervenção penal que criminaliza até as condutas minimamente relacionadas a eles.

A doutrinadora salienta que a mencionada política restringe a liberdade individual dos cidadãos, isto é, o poder de escolha de cada um, mesmo que os comportamentos regulados/proibidos não causem quaisquer danos ou perigo de danos concretos a terceiros (KARAM, 2007, p. 182).

Importa destacar que o proibicionismo não está reduzido ao controle penal das substâncias entorpecentes, manifestando-se sobre outros diversos comportamentos, como nos casos do aborto, das pesquisas com células-tronco, da eutanásia e da prostituição, por exemplo (KARAM, 2007, p. 182).

Em que pese não se limitar apenas a essa matéria, Maria Lúcia Karam (2007, p. 181) afirma que a política criminalizadora sobre as substâncias psicoativas consiste na “mais organizada, mais sistemática, mais estruturada e mais danosa forma de manifestação do proibicionismo a nível mundial”.

Ao longo do século XX, praticamente todos os países optaram por implementar políticas de controle repressivo sobre o uso e a comercialização de certas drogas. Essas políticas se caracterizam pela criminalização da produção, do tráfico e do uso de substâncias com fins não terapêuticos e pela ampliação do rol de drogas tidas como ilícitas (VARGAS, 2008, p. 54).

As ideias de “combate” e “guerra” são reinseridas no contexto mundial pela política proibicionista, funcionando como parâmetros para um controle social exercido por meio do sistema penal, explicitando na expressão “guerra às drogas” o caráter bélico associado a este modelo de proibição (KARAM, 2017, p. 212).

Essa moldura bélica exacerba a hostilidade contra os selecionados sofredores concretos e potenciais da pena, ao acrescentar às ideias sobre o ‘criminoso’ – tradicionalmente visto como o “mau”, o “outro”, o “perigoso” – e a seu papel de “bode expiatório” o ainda mais excludente perfil do “inimigo”, o que, naturalmente, facilita maiores intervenções do sistema penal e a consequente expansão do poder punitivo (KARAM, 2017, p. 212-213).

Para fins de justificar, cientificamente, a política proibicionista sobre determinadas drogas, os saberes médico-farmacológicos foram acionados pelos governos. Nesse sentido, explica

Eduardo Viana Vargas (2008, p. 54): “não é à toa que a criminalização de certo conjunto (de usos) de substâncias se deu em conjunção com a invasão farmacêutica e com o crescimento da importância social das atividades biomédicas”.

É por esse motivo que as políticas hegemônicas de repressão passaram a ter duplo fundamento: médico e jurídico. Por conta desse “respaldo” sanitário, quando o modelo proibicionista sofre críticas contundentes (seja pela ineficiência em combater o consumo, seja pelas consequências desastrosas da sua implantação, como o crescimento do crime organizado em torno do tráfico), as respostas oficiais dos governos inclinam-se no sentido de que o problema não é apenas de alçada jurídica, mas também de saúde pública (VARGAS, 2008, p. 54).

Na realidade, os dispositivos criminalizadores partem de uma distinção feita entre determinadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas, como a maconha, a heroína e a cocaína, e outras da mesma natureza, mas que permanecem lícitas, como o álcool, o tabaco e a cafeína. Não há grande diferença ou peculiaridade entre as drogas tornadas ilícitas e as que permanecem lícitas no mercado. Todas são substâncias que provocam alterações psíquicas, podendo gerar vício e causar doenças físicas e/ou mentais (KARAM, 2017, p. 214).

Carl Hart (2013, p. 26), neurocientista americano e pesquisador do tema, leciona que o grande problema da ineficácia da maneira que se tem lidado com as drogas tem a ver com o entendimento equivocado acerca das suas causas e efeitos, quando se responsabiliza o consumo dessas substâncias pelos impactos resultantes do racismo institucionalizado, da pobreza e da própria política proibicionista.

O mencionado cientista também explica que, apesar de realmente existir potencial de abuso no consumo das drogas ilícitas, os dados científicos sobre elas são, em geral, mal interpretados, situação que estigmatiza os usuários e provoca a adoção de políticas equivocadas, como o proibicionismo (HART, 2013, p. 308).

Nesse sentido, Carl Hart (2013, p. 311) afirma que, para ser possível um debate sério sobre a descriminalização, é necessário que a sociedade seja devidamente reeducada sobre as drogas, distinguindo-se os verdadeiros riscos provenientes do abuso no consumo dessas substâncias daquelas situações que são inventadas ou casuísticas.

Realizado este breve panorama do modelo proibicionista, importa, neste momento, efetuar um estudo mais detido acerca dos aspectos históricos, dos objetivos declarados e dos impactos dessa política.

2.2.1 Origens históricas

Um exame mais detido acerca das origens históricas do modelo proibicionista das drogas é relevante para melhor compreender a razão de ser dessa política e como se deu a sua construção ao longo do tempo. No entanto, é importante deixar claro que não há intenção, no presente trabalho, de se exaurir todo o conteúdo histórico que culminou na atual expressão proibicionista.

Luciana Boiteux (2006, p. 31) destaca que “a definição de droga sempre foi um conceito antes de tudo moral, que vai acarretar, posteriormente, seu conteúdo ilícito e criminal”. Demais disso, a doutrinadora leciona também que “a atual política de controle das drogas, portanto, tem em sua origem aspectos religiosos, econômicos e sociais, muito embora na atualidade seja mais perceptível o discurso oficial médico” (2006, p. 32).

Desse modo, interessa destacar que as drogas mais comuns hoje tidas como ilícitas são conhecidas e consumidas pelo homem há séculos, mas o seu controle penal efetivamente se iniciou no século XX, com as primeiras previsões de crimes e penas. Assim, nota-se que a criminalização dessas drogas é relativamente recente quando comparada a de delitos mais tradicionais, como o homicídio (RODRIGUES, 2006, p. 26).

A colonização do “Novo Mundo”, com a afirmação do catolicismo como religião oficial, consiste em um dos elementos basilares para se compreender a origem do modelo proibicionista. Por meio da catequese católica dos índios, a Igreja passou a banir a utilização de “plantas sagradas” que faziam parte da cultura nativa desses povos. Além disso, um dos pilares da política proibicionista adveio do dogma de “abstinência religiosa” do protestantismo americano (RODRIGUES, 2006, p. 27).

As demandas moralistas antidrogas remontam a finais do século XIX e início do século XX, precedendo à elaboração de estatutos repressivos quanto ao uso dessas substâncias nos quatro continentes, apesar de assumirem formas particulares em cada um. Note-se que, há cerca de um século, havia uma lacuna jurídica que permitia a expansão de um mercado de drogas psicoativas mobilizador de grandes interesses econômicos em todo o mundo (RODRIGUES, 2008, p. 91).

O uso de drogas deixa de ser um problema de saúde pública e passa a ser considerado pelos governos como “caso de polícia” no momento em que a classe trabalhadora, os pequenos criminosos e as prostitutas passam a consumir essas substâncias. Entre 1910 e 1920, o uso deixa de ser uma exceção entre os filhos das classes mais abastadas e alcança os economicamente

menos favorecidos. É nesse instante que se entende o consumo dessas drogas como um grave problema de segurança pública (RODRIGUES, 2008, p. 95).

Na visão crítica de Thiago Rodrigues (2008, p. 94-95), se forem considerados os seus objetivos declarados, o proibicionismo fracassou desde o princípio, mas nem por isso deixou de ser expandido. De um aparente fracasso, derivou-se uma estratégia bem-sucedida de controle social de parcelas da população que já eram controladas em nome do “bem comum” e da “paz civil”.

A partir de 1960, um conjunto de regras passou a ser construído em encontros internacionais organizados pela Organização das Nações Unidas (ONU), visando padronizar o tratamento legal dado ao uso de psicoativos (MCALLISTER APUD RODRIGUES, 2008, p. 91). Segundo Thiago Rodrigues (2008, p. 91), “o resultado mais visível desse esforço é a atual coerência e identidade das leis sobre drogas no mundo que, apesar das particularidades locais possíveis de serem encontradas, trabalham em uníssono a partir de uma fórmula comum: o proibicionismo”.

Na seara internacional, o proibicionismo encontra-se notadamente visível nas três convenções da ONU sobre a matéria, a saber: a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), revista por meio de um protocolo de 1972; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, conhecida como Convenção de Viena (KARAM, 2007, p. 182).

Analisando-se o preâmbulo da Convenção Única de 1961⁸, é possível visualizar alguns dos objetivos da comunidade internacional: estabelecer que a produção, o comércio e o consumo dos entorpecentes só seriam lícitos se utilizados para fins medicinais e que o abuso dessas substâncias só poderia ser combatido pela via de um proibicionismo articulado pela cooperação internacional (PRADO, 2013, p. 20).

Esse diploma internacional lançou as bases para o modelo de proibição, apesar de conferir certa liberdade aos legisladores nacionais no âmbito da criminalização. Assim, pode ser considerado

⁸ Interessa transcrever o preâmbulo da referida Convenção: “As Partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, conscientes de seu dever de prevenir e combater êsse mal. Considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal. Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns, Reconhecendo a competência da Nações Unidas em matéria de controle de entorpecente e desejosas de que os órgãos internacionais a êle afetos estejam enquadrados nessa Organização. Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias afins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacionais permanentes para a consecução de tais finalidades e objetivos”.

a origem do processo de endurecimento das legislações sobre drogas dos países signatários e da superlotação carcerária em todo o mundo (PRADO, 2013, p. 20-21).

Vale destacar que a Convenção de 1961 impôs aos Estados signatários a obrigação de criminalizar inclusive os atos preparatórios, figurando entre as dezoito condutas tipificadas no tratado. Quanto ao Convênio de 1971, este repete, em linhas gerais, o conteúdo do diploma internacional anterior (KARAM, 2007, p. 183-184). Ressalva-se, apenas, a disposição que permite a adoção de medidas de reabilitação aos usuários dependentes (PRADO, 2013, p. 21).

Já a Convenção da ONU de 1988 pretendeu combater as organizações do tráfico, ampliando as hipóteses de extradição, cooperação internacional e confisco dos ativos financeiros dos traficantes. Desse modo foi construído um aparato contra o poder militar e econômico alcançados pelo tráfico ilícito durante os anos de proibição (RODRIGUES, 2006, p. 41).

A erradicação do cultivo de plantas narcóticas também consistiu em um dos objetivos declarados desse tratado internacional, o que se dirigia especialmente à América Latina. Em síntese, trata-se de uma Convenção exclusivamente repressiva, com o propósito de aperfeiçoar e introduzir novos instrumentos de proibição e controle (RODRIGUES, 2006, p. 42).

Maria Lúcia Karam (2007, p. 184) afirma que a Convenção de Viena se inspira na “guerra às drogas”, iniciada na década de 80. Na lição da autora, essa guerra “não é apenas contra as drogas, dirigindo-se sim, como quaisquer guerras, contra pessoas, aqui contra as pessoas dos produtores, distribuidores e consumidores das substâncias e matérias-primas proibida”.

Daniel Nicory do Prado (2013, p. 24) sustenta que, no Brasil, a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário têm utilizado dos seus poderes para maximizar a eficácia dos ditames proibicionistas da Convenção da ONU de 1988, quando, por exemplo, optam por enquadrar condutas em tipos penais mais gravosos do que as situações de fato poderiam ser enquadradas, como nos casos de tráfico e porte para consumo pessoal.

Luciana Boiteux (2006, p. 45) defende que é preciso questionar essa política internacional repressora, que não respeita as particularidades culturais, étnicas e econômicas de cada país e prefere manter um sistema uniforme e repressivo, que não tem atendido aos objetivos declarados e vem causando efeitos colaterais perversos.

2.2.2 Impactos da política proibicionista

Como visto no tópico anterior, a comunidade internacional optou, mais fortemente a partir dos anos 60, pela adoção de um modelo proibicionista das drogas. Desse modo, feito um estudo geral acerca das origens históricas dessa política, importa analisar quais foram os seus impactos após quase sessenta anos.

Maria Lúcia Karam (2007, p. 185) destaca que a enorme quantidade de países com culturas e governos completamente diversos que aderiram aos diplomas internacionais proibicionistas ilustra a atuação do sistema penal como manifestação de poder, servindo de instrumento para o controle social. O proibicionismo é veiculado como um “esforço humanitário” por um discurso que, na realidade, serve para ocultar preconceitos e a real finalidade do sistema penal.

Esse discurso emocional também oculta o fracasso dos objetivos declarados de um sistema penal punitivista, que promete segurança pública, diminuição de condutas negativas e ameaçadoras e a proteção dos cidadãos. Depois de séculos de funcionamento desse sistema, o que se vê é o aumento desenfreado de crimes e dos perigos advindos de uma criminalidade crescente, organizada e poderosa (KARAM, 2007, p. 189).

Atualmente, nota-se que o padrão mundial para lidar com as drogas psicoativas continua sendo o da criminalização e repressão, salvo raríssimas exceções. No entanto, a política proibicionista nem sequer chegou perto de erradicar hábitos, mercados e drogas. A ineficácia do proibicionismo vem gerando demandas por reformas, seja pela criação de medidas alternativas (mais brandas para usuários, mais severas para traficantes) ou por mais punição para todos. Em ambos os casos, o tronco proibicionista permanece intocável (RODRIGUES, 2008, p. 95).

Contudo, ainda que os objetivos declarados desse modelo não tenham sido alcançados, é certo que todo esse tempo de proibicionismo tem causado efeitos graves nas sociedades, tanto é que esse é um tema constantemente alvo de discussões doutrinárias, políticas e jurisprudenciais em praticamente todos os países do mundo.

Em escala mundial, observa-se o recrudescimento do crime organizado, o aumento da violência em países produtores e de trânsito dessas substâncias, superlotação carcerária e, mesmo com uma posição estatal dos países extremamente repressiva, os níveis de consumo não diminuíram e o tratamento para o abuso das drogas se tornou mais difícil (PRADO, 2013, p. 15).

Com enfoque no Brasil, Daniel Nicory do Prado (2013, p. 15) relata que o domínio de territórios urbanos pelo narcotráfico e o estado degradante dos dependentes químicos nas “cracolândias” ainda são retratados pelos veículos de comunicação em massa como decorrência das drogas ilícitas, o que se segue de uma cobrança do Estado por ações ainda mais repressivas.

Tratando sobre o impacto carcerário, vale apresentar os mais recentes dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019, que, analisando o período compreendido entre julho e dezembro daquele ano, levantou que a população presa no Brasil é de 748.009 pessoas (INFOPEN, 2019, p. 2), e um dos grandes motivos – se não o maior – do constante crescimento desse número é o encarceramento por tráfico de drogas.

De toda a população carcerária brasileira, 200.583 pessoas estão presas por crimes relacionados a drogas, o que corresponde a um percentual de 26,8%. Entre os homens, esse grupo de crimes é o segundo que mais encarcera, com 19,17% dos casos; entre as mulheres, são disparados os delitos mais cometidos, com a porcentagem de 50,94% dos registros (INFOPEN, 2019, p. 17).

Importante ressaltar que, até dezembro de 2019, o sistema carcerário brasileiro possuía um alarmante déficit de 312.925 mil vagas, indicando, portanto, superlotação (INFOPEN, 2019, p. 10). Essa superlotação é um dos motivos das condições degradantes e desumanas que marcam as unidades prisionais do país⁹.

Quanto aos Estados Unidos, após a declaração de “guerra às drogas”¹⁰, as pessoas encarceradas por delitos relacionados a essas substâncias aumentou em 2.000%. Entre 1980 e 2000, o número de presos passou de 300.000 para 02 milhões de pessoas, em sua grande maioria afro-americanos (KARAM, 2017, p. 223).

Não obstante, a criminalização entrega o mercado próspero de comércio dessas substâncias para agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer medida reguladora de suas atividades. Isso aumenta os riscos à saúde dos consumidores desses produtos comercializados dessa forma. Overdoses acontecem, na maioria dos casos, pelo desconhecimento do potencial lesivo daquela substância consumida (KARAM, 2017, p. 222).

⁹ Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 09 de setembro de 2015, a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.

¹⁰ A declaração de guerra às drogas ocorreu pelo presidente norte-americano Richard Nixon, no ano de 1971 (KARAM, 2017, p. 212).

Note-se que a utilização da lei penal como única resposta e solução ao tráfico de drogas fez nascer, junto ao tráfico ilegal, o respectivo crime organizado, tendo em vista que, como qualquer comércio, o mercado de drogas precisa de organização, seja esta legalmente controlada ou não (VALOIS, 2017, p. 97).

De outra monta, a ilegalidade implica na necessidade do aproveitamento rápido dessas substâncias, para evitar que o consumo seja descoberto. Consequentemente, há um incentivo à falta de cuidados e higiene, o que provoca o aumento da difusão de doenças transmissíveis, como a Aids e a hepatite (KARAM, 2017, p. 222).

Ainda nesse sentido, Luís Carlos Valois (2017, p. 97) explica que as drogas vendidas nesse ambiente clandestino são misturadas com qualquer coisa para render mais e, consequentemente, dar mais lucro. Nos dizeres do autor, “a origem, o manuseio e a venda dessas substâncias são fases obscuras pelas quais passa a droga, fazendo-a cada vez mais estranha para o consumidor”.

A proibição também dificulta o diálogo de educadores e familiares com potenciais usuários (principalmente adolescentes) e a obtenção do tratamento eventualmente necessário, seja pela imposição de internação compulsória, seja pela inibição da busca voluntária por auxílio médico, por medo de revelar a conduta ilícita. Isso pode ocasionar trágicas consequências, como a overdose (KARAM, 2017, p. 222).

Maria Lúcia Karam (2017, p. 218-219) afirma, contudo, que o dano mais grave provocado pela política proibicionista é a violência. A produção e o comércio de drogas não são práticas violentas em si mesmas, mas a ilegalidade insere no mercado empresas criminalizadas cujo subproduto de suas atividades econômicas é a violência. Firme no entendimento, a doutrinadora segue explicando que:

Um mercado ilegal de amplas dimensões, como necessariamente é o mercado de produtos que, como as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, respondem a uma demanda cujas raízes se encontram na própria história da humanidade, exacerba a “criminalidade” violenta, seja pela organização empresarial, exigente e facilitadora de sua concentração territorial e de seu emprego de recursos humanos em larga escala, seja pelo estímulo ao mercado das armas necessárias à segurança dos empreendimentos criminalizados, seja, do lado da demanda, pela indução ao recurso a ações criminalizadas para aquisição das mercadorias, não só porque seus preços são artificialmente elevados em razão da proibição, mas também porque o sentimento de estar consumindo ou pretender consumir algo proibido facilita o rompimento de barreiras íntimas inibidoras da prática de condutas ilícitas ou objetivamente impede o acesso a recursos lícitos (KARAM, 2017, p. 219).

Não é diferente a conclusão de Luciana Boiteux (2006, p. 211), quando afirma que “em especial no Brasil e nos países em desenvolvimento, a violência pode ser apontada como outro grave efeito perverso da criminalização da droga”, explicando que a consequência de um mercado

ilícito é a marginalidade, com a derivada ausência do Estado em todos os âmbitos, inclusive na resolução de conflitos.

A autora ainda relata que os conflitos decorrentes do tráfico de drogas são, em geral, resolvidos por meio da violência armada, entre traficantes rivais ou entre eles e a própria polícia, que é legitimada pela lei proibicionista para o combate violento (RODRIGUES, 2006, p. 211).

Dito isso, cumpre examinar um impacto extremamente nocivo e visível em diversos países do mundo, mas especialmente na realidade brasileira: o comportamento dos agentes policiais nas situações relacionadas a drogas. De acordo com Luís Carlos Valois (2017, p. 389), como a existência dessas substâncias é inerente à sociedade, o combate a elas é sempre permanente, conferindo à polícia a sensação de que há sempre um crime a ser evitado.

Essa sensação, provocada por um ambiente de guerra, transforma os objetivos centrais das polícias em apreender as substâncias e prender pessoas, em detrimento de realizar investigações mais profundas e de colher provas imparciais, seguras e detalhadas para auxiliar o Judiciário na melhor solução do fato suspeito (VALOIS, 2017, p. 390).

A realidade é que policiais acabam sendo autorizados e, muitas vezes, até estimulados, seja formal ou informalmente, a praticar violência contra os “inimigos” dessa guerra às drogas, isto é, contra os traficantes. Assumindo uma posição central nesse combate, os policiais matam, mas também são mortos. De outro lado, os traficantes também são estimulados para o combate da guerra, envolvidos na violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado em que atuam (KARAM, 2017, p. 220-221).

Conforme pesquisa exposta pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019, analisando o ano de 2018, de cada 100 mortes violentas intencionais ocorridas no Brasil, 11 foram decorrentes de intervenção policial. Destas, 99,3% eram homens, 77,9% tinham idade entre 15 e 29 anos e 75,4% eram negros. Quanto aos policiais, 343 foram assassinados naquele ano e 104 cometeram suicídio (2019, p. 6).

Embora não se demonstre na pesquisa a correlação expressa entre esses dados de violência policial e o mercado de drogas, é de saber notório que o cenário das ruas, em especial das comunidades periféricas, é de intenso combate entre traficantes e policiais. A todo tempo os veículos de comunicação em massa divulgam matérias que expõem a preocupante realidade do país.

Além disso, de acordo com um estudo realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo (2011, p. 55), 74% dos processos de tráfico de drogas analisados contaram apenas com o testemunho do agente policial que realizou a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma testemunha civil.

Ainda compulsando as informações do supramencionado estudo, outro dado importante de ser abordado é o resultado desses processos de crimes relacionados a drogas: em 91% dos casos analisados, a sentença proferida para os réus é a condenatória, para 3% dos réus é a absolutória e para 6% é a desclassificatória (2011, p. 78).

A reflexão sobre a escolha da política criminal de drogas deve levar em conta dados reais do país, para que seja possível determinar qual a melhor forma de lidar com esse grave problema. Como afirma Luciana Boiteux (2006, p. 211), “a pretexto de proteger a saúde pública deixa-se de proteger a vida e ignoram-se os efeitos perversos que atingem a sociedade”.

Desse modo, a intervenção estatal sobre o consumo e o tráfico de drogas é quase nula, se considerado o número de apreensões em face do mercado milionário de circulação dessas substâncias, mas o impacto na sociedade é grave e intenso, se observados os crescentes combates armados entre polícia e traficantes (RODRIGUES, 2006, p. 211-212).

Os efeitos da opção política de se lidar com as drogas de maneira estritamente repressiva são diversos, mas, neste capítulo, foram analisados apenas os mais relevantes para os fins do presente trabalho.

Salienta-se que o intuito de abordar o proibicionismo e seus impactos fora estabelecer, desde já, a premissa para o desenvolvimento deste estudo, que será aprofundado nas questões processuais e policiais brasileiras em relação ao delito de tráfico de drogas.

Portanto, como anteriormente explicitado, compreender que o Brasil adotou um modelo de repressão, criminalização e intervenção penal quanto ao consumo e ao tráfico de drogas é essencial para se explorar a prática judicial brasileira quanto a violações perpetradas pelo Estado contra os agentes ligados ao mercado marginalizado das substâncias entorpecentes.

3 A NOTITIA CRIMINIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

Neste capítulo, será iniciado o estudo acerca de determinados elementos da fase investigativa do processo penal brasileiro: a notícia crime, a prisão em flagrante e a busca domiciliar em situação de flagrante. Compreender o que são e quais as suas funções dentro de um processo que pode resultar na condenação de um indivíduo é importante para determinar os seus limites e entender quando, em meio a suas práticas, há violação a algum direito do acusado.

Aury Lopes Jr. (2019, p. 121-122) ensina que a investigação preliminar é uma fase pré-processual, que engloba o conjunto de atividades realizadas por órgãos estatais a partir de uma notícia crime, de caráter prévio e preparatório em relação ao processo penal, com o fim de justificar ou não o início da persecução penal em si (fase processual).

Essa fase pré-processual penal possui, dentre outras, a importante função de filtro processual, pois intenta evitar acusações infundadas, seja porque não há lastro probatório suficiente, seja porque a conduta investigada não é, aparentemente, criminosa. Esta função é essencial, uma vez que o processo penal é uma pena em si mesmo, dado que gera estigmatização social e jurídica, além de causar sofrimento psicológico ao acusado (LOPES JUNIOR, 2019, p. 122).

O instrumento mais comum utilizado para se proceder uma investigação preliminar é o inquérito policial, a ser comandado pela polícia investigativa. Destaca-se que o inquérito policial hoje deve funcionar como assegurador de uma intervenção estatal em consonância com os direitos fundamentais, de modo a viabilizar a persecução penal nos casos necessários e impedir injustiças e repressões arbitrárias ou precipitadas, revelando-se como instrumento de justiça criminal que deve conciliar as garantias individuais do investigado com o direito à segurança social (MORAES, 2017, p. 57).

O ponto de partida desse procedimento investigativo é a chamada *notitia criminis*, que, no ensinamento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 161), consiste no “conhecimento pela autoridade, espontâneo ou provocado, de um fato aparentemente criminoso”.

Chamada também de “notícia do crime” ou “notícia do fato”, esta comunicação normalmente é endereçada à autoridade policial, ao membro do Ministério Público ou ao magistrado. Ao delegado, diante do fato aparentemente típico informado, caberá iniciar as investigações. Já o Ministério Público, quando comunicado, deverá oferecer denúncia quando a notícia do crime

for suficiente (contiver justa causa) ou requisitar à autoridade policial as diligências necessárias. Por último, o magistrado poderá remeter a notícia do crime ao Ministério Público ou requisitar a instauração de inquérito policial (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 161).

Ainda segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 162), a notícia do crime pode ser espontânea, quando a autoridade policial conhece dos fatos de forma direta ou por meio de uma comunicação informal, ou provocada, quando a autoridade conhece da suposta infração mediante a provocação de terceiros (requisição do Ministério Público, do Ministro da Justiça, requerimento da vítima, entre outros).

3.1 DELAÇÃO ANÔNIMA: A NOTÍCIA CRIME INQUALIFICADA

Enquadra-se na espécie espontânea de *notitia criminis* uma forma de comunicação informal extremamente comum na realidade brasileira: a delação anônima. Segundo Rodrigo Iennaco (2006, p. 239), a popularmente conhecida como “denúncia anônima” é classificada como uma *delatio criminis*, formulada por qualquer do povo, sem identificação, mediante expediente apócrifo de cognição mediata (telefonema, e-mail, carta etc.). Por isso, também é chamada de “notícia crime inqualificada”.

Interessante trazer para o presente estudo o debate acerca da nomenclatura popular “denúncia anônima”. Isto porque, no ordenamento jurídico brasileiro, não se mostra dogmaticamente correto nomear esta espécie de *notitia criminis* como “denúncia”, já que, como se sabe, denúncia é a peça inaugural da ação penal pública, manejada pelo Ministério Público, nos moldes do artigo 24¹¹ do Código de Processo Penal (MEDEIROS, 2017, p. 92). Feita essa ressalva, esclarece-se que, ao decorrer deste estudo, a expressão “denúncia anônima” será utilizada a fim de facilitar a compreensão acerca do tema.

Segundo Morton Luiz Faria de Medeiros (2017, p. 102), o ato de “provocar a autoridade competente para a investigação sobre a ocorrência de ilícito – ou de sua iminência – de que tenha informações, feito de forma anônima ou identificada, constitui manifestação do pensamento”, não sendo perfeitamente coincidente nem com a liberdade de expressão, nem

¹¹ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

com o direito de prestar informação, adequando-se melhor como uma liberdade de provocar a autoridade pública.

Embora o direito de petição e o direito de ação também se enquadrem como liberdades de provocação da autoridade pública, o ato de delatar um fato anonimamente não se confunde com aqueles direitos, haja vista que o direito de ação pressupõe um mínimo de elementos probatórios para dar início a um processo judicial e o direito de petição engloba o direito de ser informado, o que não é possível diante do anonimato (MEDEIROS, 2017, p. 105).

Para o autor, a liberdade de expressão é a dimensão individual da liberdade de manifestação do pensamento, enquanto a liberdade de prestar informação constitui na dimensão social daquele direito. O direito de prestar informação destina-se à ampla difusão da informação reportada, só podendo ela ser externada após avaliação cuidadosa da sua veracidade pelo emitente, o que não se espera, em regra, da delação anônima, que por natureza é endereçada apenas ao investigador (2017, p. 101-102).

Ademais, Medeiros ensina que (2017, p. 102), enquanto a liberdade de expressão e o direito de prestar informações demandam basicamente uma conduta negativa do Estado, no sentido de não obstar o seu exercício, a delação anônima objetiva alcançar uma postura positiva estatal, isto é, a ação de investigar as informações do suposto ilícito e, posteriormente, adotar as medidas persecutórias cabíveis.

Importa frisar que o autor pontua que “não há uniformidade normativa ou doutrinária quanto a delimitações terminológicas para distinguir entre as liberdades de expressão, de manifestação de pensamento, de manifestação de opinião e de imprensa”, e que o entendimento adotado por ele em seu estudo foi no sentido de que a liberdade de manifestação de pensamento possui “dimensões individual (liberdade de expressão) e social (liberdade de prestação de informação), além da modalidade de liberdade de provocação de autoridade pública – em que se enquadram a denúncia anônima e os direitos de petição e de ação, por exemplo” (2017, p. 105).

Portanto, conclui-se, a partir dessa pesquisa, que a notícia crime inqualificada possui a natureza de manifestação do pensamento do indivíduo, mais precisamente no que diz respeito à liberdade de provocar uma autoridade pública a investigar os fatos por ele reportados, que poderá ou não culminar na adoção de medidas processuais, a depender do resultado da investigação.

Contudo, torna-se necessário esclarecer que a natureza jurídica da delação anônima e a sua validade não encontram consenso entre doutrinadores constitucionalistas. Dirley da Cunha Jr. (2018, p. 605) entende que “a chamada delação apócrifa não tem amparo constitucional e se

mostra inadmissível num Estado Democrático de Direito”, defendendo ainda que “não se pode perder de vista de que a liberdade de opinião é garantida constitucionalmente para fins lícitos e morais, jamais para fins de vindita ou perseguição”.

No cenário legislativo brasileiro, importa destacar a existência da recente Lei nº 13.608/2018, que, de acordo com o seu preâmbulo, “dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais”. Távora e Alencar criticam a possibilidade de recebimento de dinheiro em troca da informação prestada, argumentando que esse fomento ao denunciismo não é compatível com o sistema brasileiro de garantias fundamentais (2019, p. 162).

Nessa toada, os referidos autores (2019, p. 162) explicam que o novo diploma legal segue a linha estabelecida pela Ação 4/2016 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que consistiu em “elaborar diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*”.

Távora e Alencar conceituam *whistleblower* como “soprador de apito”, designando-o ainda como aquele que “espontaneamente, noticia um ilícito civil ou penal a uma autoridade, com informações importantes acerca do fato” (2019, p. 162-163). Ressalta-se que o reportante pode ser qualquer pessoa do povo, não necessitando ser coautor ou partícipe do fato reportado, como ocorre nos casos de confissão e delação premiada.

Em seu sítio eletrônico oficial, a ENCCLA demonstra a importância conferida ao *whistleblower*, afirmando que este se trata de “auxílio indispensável às autoridades públicas para deter atos ilícitos” e, ainda, que “na grande maioria dos casos, o reportante é apenas um cidadão honesto que, não tendo participado dos fatos que relata, deseja que a autoridade pública tenha conhecimento e apure as irregularidades” (2016, p. 1).

Note-se, portanto, que a delação anônima é encorajada pelo Estado brasileiro, seja pelo advento da supramencionada Lei, seja pela existência de diversas campanhas¹² ao redor do país que incentivam a referida prática, com a criação dos chamados “Disque Denúncia”, que garantem o sigilo e o anonimato do cidadão.

¹² Neste ponto, destacam-se as campanhas do estado de Minas Gerais, com o seguinte slogan: “A sua denúncia aparece, você não” (MINAS PELA PAZ, 2018) e do Rio de Janeiro, com o nome “O Disque-Denúncia e a UPP querem a Paz, e Você?” (NITAHARA, 2015).

É interessante apontar, contudo, que o Código Penal Brasileiro prevê, no § 1º do art. 339 (crime de denúncia caluniosa)¹³, causa de aumento de pena específica para a hipótese em que o agente se serve de anonimato para realizar a denúncia. Assim, observa-se que o legislador se preocupou, ainda que de maneira tímida, em conferir certa limitação à delação anônima.

Feita essa ressalva, indica-se que essa espécie de *notitia criminis* surge como uma forma de auxiliar o trabalho dos órgãos investigativos na resolução de casos. Como os delitos relacionados a drogas demandam uma especial atenção das autoridades públicas de investigação nos países proibicionistas (como é o caso do Brasil), é possível observar uma ampla utilização da denúncia anônima nessas situações.

Luís Carlos Valois (2017, p. 508) menciona um fato da história estadunidense no que diz respeito ao fomento da prática de delação anônima no combate às drogas, exposto pelo *National Drug Control Strategy: a national responds to drug use*, publicado em 1992: “uma das primeiras iniciativas de incentivo à denúncia anônima por telefone veio de Boston, nos EUA, quando, em 1983, estabeleceu-se o programa “*Drop a Dime*”, o qual, em menos de dez anos, já havia recebido mais de 20 mil denúncias desse tipo”.

Conforme pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo (2011, p. 37), 25% das abordagens policiais pesquisadas foram motivadas por denúncias anônimas. O estudo ainda traz o relato de um policial militar, que indica a existência da chamada “polícia velada” ou “P2”, que tem como atividade principal o serviço de inteligência da Polícia Militar, lidando com as informações fornecidas pelos denunciante.

O mencionado trabalho (2011, p. 37) entrevistou diversos agentes policiais de São Paulo e obteve o relato de que “por vezes os policiais militares do P2, quando identificam uma ocorrência, ligam para o Disque Denúncia ou para o 190, sem se identificar, e fazem a denúncia para que uma viatura policial se dirija ao local”.

Além disso, também se relatou que “quando os policiais militares têm alguma informação privilegiada de tráfico ou de ponto venda de drogas, ela não é passada para o delegado da área, mas para o P2 que averigua e investiga o caso, para verificar a possibilidade de realizar um

¹³ Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

flagrante”. Essas informações demonstram que, nesses casos, há um conflito de atribuições entre a Polícia Militar e a Polícia Civil, uma vez que a Militar não possui função investigativa para crimes comuns praticados por civis, como o tráfico de drogas.

De igual forma, relevante destacar a pesquisa elaborada por Luís Carlos Valois (2017, p. 506-507), que, analisando 250 (duzentos e cinquenta) inquéritos policiais relacionados ao tráfico de drogas, constatou que, em 26,4% dos casos, o flagrante fora motivado por denúncia anônima.

Entre as denúncias anônimas estão as manifestações dos policiais que dizem terem tomado conhecimento do comércio de drogas também por intermédio de populares, terceiros ou pelo rádio da polícia, vez que nesses procedimentos o nome do denunciante nunca é cogitado. Em 13,6% dos procedimentos há referência específica a denúncia anônima feita por telefone (VALOIS, 2017, p. 507-508).

No âmbito doutrinário brasileiro, muito se discute sobre quais seriam os atos possíveis de serem realizados pelas autoridades públicas diante de uma denúncia anônima, já que a Constituição Federal expressamente veda o anonimato¹⁴.

Essa vedação serve para harmonizar a liberdade de manifestação do pensamento com outros direitos da personalidade. Tratando-se especificamente da delação apócrifa, é certo que essa medida pode provocar a prática de abusos, uma vez que impossibilita o direito de resposta e a indenização por eventuais danos moral, material e à imagem. Em outras palavras, a denúncia anônima “torna irresponsável, penal e civilmente, a pessoa que formulou uma acusação e se homiziou com a recusa de sua identificação” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 605).

Percebe-se que a discussão mais observada na doutrina e na jurisprudência se dá acerca da validade da deflagração de inquérito policial a partir de uma notícia apócrifa. No entanto, há ainda pouca pesquisa acerca da possibilidade de esse tipo de notícia crime legitimar medidas invasivas pré-processuais, no curso da investigação preliminar, como é o caso da busca domiciliar e da própria prisão em flagrante delito, quando ocorre na esfera do domicílio do acusado.

Antes de adentrar com afinco na supracitada discussão, que consiste no cerne desta monografia, é pressuposto lógico compreender os institutos da prisão em flagrante e da busca domiciliar, além do direito à inviolabilidade do domicílio.

¹⁴ 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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

3.2 PRISÃO EM FLAGRANTE

Távora e Alencar (2019, p. 951) conceituam flagrante como “o delito que ainda queima, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo”. A prisão em flagrante é aquela que ocorre no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar, caráter eminentemente administrativo e não necessita de ordem judicial prévia, nos termos do artigo 5º, inciso LXI¹⁵ da Constituição Federal.

Já Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 953) explica que o flagrante consiste em uma característica do delito, permitindo-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em função da certeza visual do cometimento da infração. Para o autor, a prisão em flagrante tem caráter precautelar, já que, após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, essa prisão não mais justifica, por si só, a subsistência da prisão do suposto agente, além de não objetivar a garantia do resultado útil do processo (LIMA, 2019, p. 956).

Para Brasileiro de Lima (2019, p. 956), o objetivo da prisão em flagrante é “colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva (ou temporária), ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão”.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2019, p. 602) leciona que a prisão em flagrante “é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h”.

O mencionado autor ensina que, justamente porque a prisão em flagrante é uma mera detenção, possibilitada pela certeza visual do cometimento do delito, ela não se destina a garantir o resultado útil do processo, não podendo ser considerada medida cautelar. Pelo mesmo motivo, é uma medida precária que pode ser praticada, inclusive, por um particular (LOPES JUNIOR, 2019, p. 601).

O flagrante se divide em quatro momentos distintos: a captura, a condução coercitiva à presença da autoridade policial, a lavratura do auto de prisão em flagrante e o recolhimento ao cárcere. A captura tem como função cessar o cometimento do delito e, por isso, pode ser feita por

¹⁵ 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;

qualquer pessoa do povo. Além disso, no auto de prisão em flagrante, devem ser documentados os elementos sensíveis existentes no momento da infração, com o objetivo de subsidiar o lastro probatório para a persecução penal (LIMA, 2019, p. 954).

No que tange à supracitada questão, realizada pesquisa empírica sobre autos de prisão em flagrante (APF) lavrados na 2ª Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento de Porto Alegre e sobre as sentenças de primeiro grau de jurisdição proferidas em relação aos fatos dos APFs examinados, constatou-se que os atos produzidos nos autos de flagrante foram citados em 98,41% das decisões, o que demonstra a importância deste documento para o resultado do processo (REMUS; WENDT, 2016, p. 9).

Infere-se, desse modo, que os atos produzidos no momento do flagrante são de extrema relevância para o desenvolvimento da instrução processual e para formar o convencimento do julgador, funcionando como verdadeiros elementos probatórios, o que torna indispensável observar as suas validade e legalidade.

Ademais, salienta-se que o Código de Processo Penal (CPP) sofreu recente alteração pela Lei nº 13.694/2019 no seu artigo 310¹⁶, que trata sobre as medidas procedimentais posteriores ao recebimento do auto de prisão em flagrante pelo juiz.

De acordo com a nova redação, nota-se, de maneira mais contundente, que não é possível, ao juiz, proceder a mera homologação do flagrante. Hoje, o magistrado deve analisar o auto de prisão em flagrante e, se for caso de nulidade, relaxar a prisão ilegal; se não for, o juiz analisa se há necessidade de converter em prisão preventiva, devendo fundamentá-la nos moldes do artigo 312 do CPP ou, ainda, se é caso de concessão de liberdade provisória (PIMENTEL, 2020, p. 172-173).

Outrossim, a audiência de custódia passou a integrar a redação do artigo 310 do CPP, devendo o juiz realizá-la no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória ou o decreto de prisão preventiva. Trata-se de

¹⁶ 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.

um dever do juiz e não de uma mera faculdade, inclusive gerando responsabilização administrativa, civil e penal pela omissão desmotivada (PIMENTEL, 2020, p. 174).

3.2.1 Espécies de flagrante

O flagrante possui diversas modalidades, algumas expressas no Código de Processo Penal e outras idealizadas pela doutrina brasileira. Para os fins deste trabalho, não há a intenção de esgotar todas as espécies de flagrante, mas sim analisar aquelas que mais ocorrem na realidade prática forense.

O flagrante próprio está previsto nos incisos I e II¹⁷ do artigo 302 do Código de Processo Penal e se dá quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acabou de cometê-la. É a espécie que mais se aproxima do conceito da palavra flagrante, já que guarda uma imediaticidade entre o cometimento do delito e a prisão (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 952).

O chamado flagrante impróprio ocorre quando o agente é perseguido logo após o possível cometimento da infração, por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor do fato, conforme descrito pelo inciso III¹⁸ do artigo 302 do CPP. Nesse caso, exige-se uma perseguição ininterrupta (PIMENTEL, 2020, p. 165).

Já o flagrante presumido é aquele em que o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, de acordo com a redação do inciso IV¹⁹ do artigo 302 do Código de Processo Penal. Aqui, o indivíduo é encontrado com objetos possivelmente conexos ao delito, momentos após o fato, ainda que em local diverso da ação criminosa, não se exigindo perseguição (PIMENTEL, 2020, p. 166).

Há, ainda, a figura do flagrante provocado, em que “o agente é instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante”. De acordo com entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal²⁰, não há infração em caso de flagrante preparado, visto que existiria

¹⁷ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la.

¹⁸ III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.

¹⁹ IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

²⁰ Súmula 145 - Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

crime apenas na aparência, porquanto a polícia, além de ser a motivadora da prática delituosa, estaria preparada para efetuar a prisão antes da consumação do crime (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 955).

O flagrante diferido, em seu turno, está previsto na Lei n. 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) e trata-se de uma autorização legal para a polícia retardar a sua intervenção e realizar a prisão em flagrante em momento posterior, quando for mais adequado sob o ponto de vista da persecução penal. Durante esse tempo, a polícia mantém o sujeito em monitoramento para, no momento mais oportuno, efetuar o flagrante (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 612).

Por último, para cumprir o intuito do presente trabalho, cabe abordar a espécie de flagrante forjado, que é aquele realizado para incriminar pessoa inocente. Por óbvio, é uma modalidade ilícita de flagrante, na qual o forjador pratica crime de denúncia caluniosa e, sendo agente público, também comete o crime de abuso de autoridade (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 957).

3.2.2 Prisão em flagrante em crime permanente

No ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 238), “os delitos permanentes são os que se consumam com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente”. Em mesma linha, Damásio de Jesus (2020, p. 264) explica que “crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo”, lecionando que o momento consumativo do crime permanente se protraí no tempo, até quando queira o autor.

Exemplos de crimes permanentes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros, são o sequestro, a posse irregular de arma de fogo e o tráfico de drogas, quando o agente guardar ou manter em depósito substâncias entorpecentes.

Nesses casos, como a consumação se protraí no tempo, existe um estado de flagrância igualmente prolongado. Enquanto durar a permanência, o autor poderá ser preso em flagrante delito, dado que se considera que ele ainda está cometendo a infração penal (LOPES JUNIOR, 2019, p. 608). Esta, inclusive, é a redação do Código de Processo Penal, que determina que “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (Art. 303).

Sendo assim, nota-se que o diploma legislativo brasileiro é claro ao estabelecer que o estado de flagrância permanece enquanto se der a permanência do crime, permitindo a prisão em flagrante delito durante esse período. Ocorre que diversos crimes permanentes transcorrem em âmbito domiciliar, como é o caso do tráfico de drogas na modalidade “ter em depósito” ou “guardar”, o que encontra íntima relação com a busca domiciliar e com a inviolabilidade de domicílio.

Na lição de Lopes Junior (2019, p. 609), isso acontece porque “enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar etc.), poderá o agente policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição)”. A partir disso, surge a problemática em relação à forma que o policial poderia saber, antes de ingressar na casa, que o crime estaria ocorrendo, já que, muitas vezes, os crimes permanentes não possuem visibilidade externa, como é o caso do tráfico de entorpecentes (LOPES JUNIOR, 2019, p. 516).

3.3 BUSCA DOMICILIAR

A busca, na lição de Aury Lopes Jr. (2019, p. 509-510), é uma medida instrumental, cuja finalidade é encontrar objetos com utilidade probatória. Pode ser pessoal ou domiciliar, esta última só podendo ocorrer, em regra, mediante prévia autorização judicial, sob pena de o policial incorrer em crime de abuso de autoridade e ser o resultado da busca considerado prova ilícita.

No Código de Processo Penal Brasileiro, a busca é tratada conjuntamente à apreensão. No entanto, é necessário distinguir os institutos: diferentemente da busca, a apreensão “é a medida de constrição, para acautelar, pôr sob custódia determinado objeto ou pessoa”. Isto é, nada impede que ocorra busca sem apreensão e vice-versa (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 779).

Ademais, importante salientar que para certa discussão acerca da natureza jurídica desses institutos. Távora e Alencar (2019, p. 779) explicam que a busca e a apreensão podem, a depender da finalidade pretendida com cada ato, figurar como: meio de prova, quando o intuito da medida for previamente definido e consistir no objeto material do delito; como meio de obtenção de prova, quando a medida se destinar a apreender provas; por fim, como medida cautelar, quando visar assegurar determinada produção probatória.

A busca domiciliar encontra embaraço na garantia constitucionalmente prevista da inviolabilidade de domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, que preceitua 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”.

A regra, portanto, é que a busca domiciliar seja precedida de autorização judicial, por meio de mandado. Destaca-se que a medida só poderá ser determinada quando fundadas razões a autorizarem, sendo necessário haver um lastro probatório mínimo que indique que os objetos e/ou as pessoas estão realmente na casa alvo da busca. De igual forma, o mandado genérico que autorize uma devassa geral na residência ou a busca em um número indeterminado de casas também não é admitido (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 782).

Lopes Júnior defende que a decisão judicial que autorize essa medida estatal tão invasiva deve demonstrar a existência do *fumus comissi delicti*, isto é, prova da autoria e materialidade do fato com suficiente lastro fático para legitimar a busca em domicílio. Segundo o autor, “a busca domiciliar deve estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado” (2019, p. 510).

Desta feita, infere-se que a busca domiciliar é uma medida tão restritiva que os seus motivos, chamados pelo texto legislativo de “fundadas razões”, devem estar muito bem delimitados no mandado judicial que a autorize. Conforme Aury Lopes Jr. (2019, p. 510), “a busca domiciliar não pode ser banalizada; deve ter uma finalidade clara, bem definida e estar previamente justificada pelos elementos da investigação preliminar”.

No tocante à execução da busca domiciliar, Távora e Alencar (2019, p. 783) ensinam que a medida é realizada por oficiais de justiça ou policiais, inclusive sendo possível a utilização da polícia militar. Demais disso, os executores devem, antes de adentrar na casa, mostrar e ler o mandado judicial ao morador, intimando-o a abrir a porta. Caso o morador não esteja presente, a porta poderá ser arrombada e um vizinho deverá ser intimado para acompanhar a diligência.

O rol de possibilidades à busca domiciliar previsto no artigo 240, § 1º do Código de Processo Penal²¹ é extenso e conta com cláusulas genéricas, fazendo com que Aury Lopes Jr. (2019, p.

²¹ § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

513) entenda pela impossibilidade de interpretação extensiva ou analogias, dado que se trata de medida restritiva de direitos fundamentais.

3.3.1 Inviolabilidade de domicílio

A inviolabilidade de domicílio se traduz na proteção da intimidade e privacidade do indivíduo, de modo que, como já visto, para além das hipóteses em que há o prévio e livre consentimento do morador, somente é possível ingressar no domicílio nos casos expressamente previstos pela Constituição Federal, a saber: situações de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou, durante o dia, mediante ordem judicial (SARLET; NETO, 2013, p. 551).

O direito à inviolabilidade da casa é uma extensão do direito à privacidade, uma vez que este abrange “todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 634). De igual forma, encontra-se estreitamente relacionado ao direito à intimidade, que significa a preservação daquilo que é íntimo e privado.

Segundo Rachel Mendonça (2004, p. 30), a intimidade “é uma esfera sob a qual incide a garantia da inviolabilidade, devendo ser devidamente resguardada das intromissões alheias, desde que não apresente, materialmente, uma causa justa e relevante para que se aplique a relatividade deste dispositivo constitucional”.

Conforme determina a Constituição Federal de 1988, a casa é asilo inviolável do indivíduo, de modo que, para melhor compreender a extensão deste direito fundamental, é preciso assimilar que o conceito de casa não somente abarca o domicílio ou a residência, mas também o local privado em que um indivíduo exerce as suas atividades profissionais, como é o caso de um escritório de advocacia (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 636).

O conceito de casa também está previsto no artigo 150, § 4º do Código Penal (CP), que trata sobre o crime de violação de domicílio. De acordo com o texto legal, a expressão “casa” compreende qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
g) apreender pessoas vítimas de crimes;
h) colher qualquer elemento de convicção.

De outro lado, o § 5º do mesmo artigo determina quais os locais que não podem ser considerados como “casa”: a hospedaria, a estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto abertas, salvo se devidamente ocupadas, além das tavernas, casas de jogo e outras do mesmo gênero.

Nota-se que a inviolabilidade de domicílio, para além da constitucional, também possui proteção penal no ordenamento jurídico brasileiro, que se demonstra por meio da previsão legal do crime de violação de domicílio (artigo 150, CP), cuja conduta típica é “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”, com pena cominada de detenção de um a três meses, ou multa.

Ademais, o Código Penal Militar (CPM) também prevê a violação de domicílio como crime, em seu artigo 226²². O referido tipo penal tem redação, pena máxima e qualificadora idênticas ao crime previsto no Código Penal. No entanto, há previsão expressa no § 2º de aumento de pena de um terço se o fato for cometido por militar em serviço: “aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por militar em serviço ou por funcionário público civil, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades prescritas em lei, ou com abuso de poder”.

Também é possível se enquadrar a invasão domiciliar efetuada por policiais em dissonância às hipóteses que excepcionam a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio na prática prevista pelo artigo 22²³ da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), somente não incidindo a responsabilização penal nos casos de excludente de ilicitude ou de erro de tipo tendente a excluir o dolo da conduta policial.

Não se considera, contudo, crime de violação de domicílio, nos termos do § 3º tanto do artigo 150 do CP, quanto do 226 do CPM, quando a entrada ocorre durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência (caso de busca domiciliar precedida de autorização judicial) ou quando ocorre a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (caso de flagrante delito).

De igual forma, o § 2º do artigo 22 da Lei nº 13.869/2019 determina que “não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a

²² Art. 226. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, até três meses.

²³ Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

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

necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre”, elencando, portanto, as hipóteses que excepcionam a proteção do domicílio.

Os § 3º dos artigos 150 e 226, do CP e CPM (respectivamente) e o § 2º do artigo 22 da Lei de Abuso de Autoridade preveem uma excludente de ilicitude especial, pois esta se refere especificamente ao crime de violação de domicílio. Contudo, nas situações de flagrante, é possível definir a sua natureza jurídica como estrito cumprimento de dever legal para o agente público, já que o artigo 301²⁴ do Código de Processo Penal impõe aos agentes policiais a obrigação de prender quem quer que seja encontrado cometendo uma infração.

Segundo Bittencourt (2014, p. 185-186), “quem pratica uma ação em cumprimento de um dever imposto por lei não comete crime”, exemplificando para o caso a conduta do policial que prende o infrator em flagrante. De todo modo, deve-se atentar para os limites dessa exclusão de antijuridicidade, uma vez que o caráter lícito da conduta termina quando começa o abuso: em toda hipótese de excludente de ilicitude, o excesso é punível, conforme artigo 23 do CP²⁵.

Sendo assim, verifica-se que a inviolabilidade domiciliar comporta exceções, como ocorre com a maioria dos direitos individuais, visto que a conciliação e a ponderação de garantias fundamentais são elementos imprescindíveis num Estado de Direito.

Rodrigo Iennaco (2006, p. 253) esclarece que o conteúdo da Magna Carta protege diversos interesses, colocando-os no ápice da hierarquia normativa, como é o caso do domicílio. Entretanto, tais interesses não são absolutos, já que, quando se pretende preservar outro bem, também amparado no texto constitucional, será necessário aferir a justa causa para a violação em cada caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade.

Observa-se, portanto, que a existência de uma justa causa suficiente, razoável e visível é essencial para que se permita a violação de um interesse constitucionalmente protegido. Nesse sentido:

Para que se tenha uma autorização de restrição de um direito fundamental se faz necessário que seja algo em mesmo nível de importância e que esteja claramente estabelecido legalmente, ou seja, qualquer tipo de exceção somente poderá ser tolerado em situações excepcionais e que sirva também para que o estado democrático de direito seja preservado, em função dos demais cidadãos, pela própria manutenção da lei e da ordem (ARAÚJO *et al*, 2018, p. 4)

²⁴ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

²⁵ Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Compreendendo que a proteção ao domicílio é assegurada, no Brasil, tanto pela via constitucional, quanto pela via penal, conclui-se que a sua violação possui natureza excepcionalíssima, o que torna a análise das suas hipóteses de exceção de extrema relevância para garantir a eficácia do direito fundamental. Desse modo, passa-se ao exame acerca da hipótese de busca domiciliar em caso de flagrante delito, cenário que, em tese, excepciona a garantia de inviolabilidade da casa.

3.3.2 Busca domiciliar em caso de flagrante delito

Uma vez conceituados os institutos da busca domiciliar e do flagrante delito, bem como a questão do flagrante em crime permanente (como o tráfico de drogas, objeto de estudo deste trabalho), inevitável se demonstra a análise da busca domiciliar em caso de flagrante delito.

Conforme visto, a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio é excepcionada pelo flagrante, que é o momento em que a infração está sendo ou acabou de ser cometida, instante em que se tem certeza visual da prática do delito (aqui, falando-se notadamente da espécie de flagrante próprio). Assim, a princípio, a autoridade policial está autorizada a ingressar na residência se há certeza de que ocorre o flagrante, para cessar a prática criminosa.

No entanto, é importante compreender que, num Estado Democrático de Direito, “se há limites ao direito fundamental em tela, e há, também há limites para tais limites, de maneira que não reste esvaziado o conteúdo garantista do preceito” (SARLET; NETO, 2013, p. 554). Isto é, analisar quais os limites do flagrante como exceção à inviolabilidade domiciliar é essencial para que o conteúdo substancial da garantia não se esvazie.

Nesse seguimento, Távora e Alencar (2019, p. 787) ensinam que “as hipóteses permissivas de ingresso domiciliar sem autorização judicial devem ser interpretadas restritamente”, concluindo que, havendo dúvida sobre quaisquer dos casos que tornam admissível a entrada forçada em domicílio, reputa-se imprescindível o mandado judicial.

Notadamente quanto ao estado de flagrância do crime permanente, que se protraí no tempo enquanto se consuma o delito, há que se ponderar com cautela a invasão domiciliar. Isto porque, entra em discussão o critério de como se motiva a entrada no domicílio, ou seja, de que forma a autoridade policial sabe que ocorre o flagrante – até porque, se o crime está ocorrendo dentro

de uma casa, dificilmente há certeza visual do seu cometimento (característica básica da possibilidade de prisão em flagrante).

Na lição de Ingo Sarlet e Jayme Neto (2013, p. 559),

Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio – parece-nos solar o vício lógico do *non sequitur*. Diversamente, a situação de flagrante, mesmo de um crime permanente, é dinâmica, e demanda, para sua mínima caracterização, amparo em fatos concretos e atuais, que hão de ser, ao menos, passíveis de exteriorização e individualização.

De acordo com Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa (2013, p. 12), as buscas domiciliares realizadas sem autorização judicial nos casos de crimes permanentes, sob a justificativa de estarem permitidas pela situação de flagrância que perdura no tempo acabam por convalidar ações policiais que, muitas vezes, são ilegais em sua origem. Essa questão de demonstra ainda mais latente nas suspeitas de tráfico de drogas.

Em um caso de homicídio, por exemplo, que é um crime instantâneo, se ouvirão gritos, pedidos de socorro, circunstâncias que constituem fundadas suspeitas de que está ocorrendo um crime dentro da residência. De outro lado, no tráfico de drogas, crime permanente, em regra há silêncio, penumbra. É nesse sentido que surge o questionamento do que é necessário para legitimar a busca domiciliar sem autorização judicial executada por policiais que acreditam estar diante de uma situação de flagrância (GODOY; COSTA, 2013, p. 13).

Daniel Nicory do Prado (2013, p. 115) expõe que o tráfico, nas modalidades em que ocorre dentro do domicílio, acaba se configurando como um crime imperceptível, o que não traduz a urgência necessária para legitimar uma busca domiciliar sem controle judicial prévio. O autor afirma que, nesses casos, “o ingresso em residência habitada é sempre incerto, motivado por suspeitas, por delações frequentemente anônimas e inespecíficas”.

No entender de Alexandre Moraes da Rosa (2014, p. 1), a dita permanência dessas infrações deve ser anterior à violação de direitos – neste caso, à busca domiciliar sem mandado. O flagrante precisa ser visualizado antes da invasão domiciliar, sob pena de abusividade e inconstitucionalidade da atuação policial, ainda que o crime seja confirmado posteriormente. Nos exatos dizeres do autor, “a materialidade estará contaminada pelos frutos da árvore envenenada”.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet e Jayme Neto (2013, p. 554) defendem que “sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da

abordagem do caso concreto devem evidenciar “*ex ante*” situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu”.

Não é outro o ensinamento de Aury Lopes Júnior (2019, p. 516), que afirma que se deve considerar que o flagrante corresponde à atualidade do crime, sua realização efetiva e visível naquele momento. Quando não for possível constatar-se prévia visibilidade, será necessário o mandado judicial de busca e apreensão.

Luís Carlos Valois (2014, p. 117) vai além, defendendo que o flagrante permanente só deveria permitir a invasão domiciliar quando esta fosse necessária para salvar a vítima, o que não acontece nos casos de tráfico de drogas. Isto porque nada impede que a autoridade policial solicite um mandado de busca e apreensão para entrar no domicílio do suspeito, já que nem seria possível qualquer conduta de tráfico numa casa vigiada pela polícia.

Nota-se ainda que o artigo 53, inciso II²⁶ da Lei de Tóxicos reproduziu a técnica legislativa do flagrante diferido, já examinado em tópico anterior, prevendo a possibilidade de a polícia aguardar um momento mais oportuno para efetuar a prisão em flagrante, com o fim de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico (PRADO, 2013, p. 116).

Dessa maneira, Daniel Nicory (2013, p. 116) pondera que “se a sociedade pode suportar os custos da continuidade de uma prática delitiva pela conveniência da instrução criminal, ela também deve suportá-los para preservar uma garantia individual”. Assim, o autor conclui que, sempre que o flagrante diferido for possível, deve-se exigir do agente público a obtenção de mandado judicial para o ingresso no domicílio do imputado.

Salienta-se que a situação do tráfico de drogas foi a escolhida para ser examinada por esta monografia por ser o delito que mais encarcera no país, além de ser um crime permanente que ocorre de forma silenciosa dentro das residências dos seus autores, provocando uma enorme quantidade de buscas domiciliares executadas por agentes policiais sob a alegação de “fundada suspeita” de flagrância.

²⁶Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

A existência de fundadas razões é requisito legal determinado pelo Código de Processo Penal para se autorizar uma busca domiciliar por meio de mandado judicial prévio, conforme visto em tópico anterior. Essas razões devem ser pormenorizadas no mandado autorizador da busca, de sorte que a exceção à regra de autorização judicial prévia também deve cumprir o requisito de fundadas razões aptas a assumir que há quadro de flagrância naquela casa.

Demais disso, como será analisado mais à frente, boa parte dos julgados brasileiros convalidam essas buscas domiciliares, argumentando que o tráfico de entorpecentes é crime permanente e que a busca estaria autorizada pelo estado protraído de flagrância. A título exemplificativo, veja-se trecho do acórdão proferido em 13 de fevereiro de 2020 pela Desembargadora Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos da Apelação Crime nº 0500477-51.2018.8.05.0088:

Além disso, afirma-se que não há qualquer nulidade na prisão em flagrante do apelante, pois o crime de tráfico de drogas, na modalidade guardar ou manter em depósito é crime permanente, tornando legítimo o acesso à residência de quem esteja nesta situação de flagrância. Dessa forma, desnecessária a posse, por parte dos Policiais Civis, de mandado de busca e apreensão. Preliminar rejeitada (2020, p. 7).

Na mesma linha se deu o entendimento consubstanciado no acórdão emitido em 30 de julho de 2019, pelo Desembargador Abelardo Paulo da Matta Neto, da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos da Apelação Crime nº 0523222-92.2018.8.05.0001:

Nesse caso, não se pode falar em ilicitude das provas obtidas, uma vez que, no caso de crime permanente o momento consumativo do delito está sempre em execução, restando evidenciado que o delito de tráfico de drogas se traduz como de flagrância permanente, admitindo a incursão residencial durante operações policiais voltadas à sua dissuasão, eis que aplicável à hipótese a primeira ressalva prevista no próprio art. 5º, XI, da Constituição Federal (2019, p. 9).

Como se demonstra, em nenhum dos dois julgados se observou se os agentes policiais visualizaram, antes da invasão domiciliar, a situação de flagrante. Não houve qualquer tipo de avaliação sobre a forma que os policiais acreditaram estar ocorrendo flagrante delito de tráfico de drogas dentro daquela residência. E esse é um ponto crucial para não se violar a garantia fundamental da inviolabilidade de domicílio.

Nesse sentido, Ingo Sarlet e Jayme Neto (2013, p. 556) explicam que, quando os elementos contidos no auto de prisão em flagrante não forem suficientes para demonstrar que os policiais tinham a capacidade de verificar a situação de flagrância de fora da residência do indivíduo, a busca domiciliar e a eventual prova material colhida seriam consideradas provas ilícitas, por violação a direito constitucional expreso.

Sabe-se que a apreensão das substâncias entorpecentes no momento do flagrante torna-se prova da materialidade do delito, um dos pilares para que o magistrado profira uma sentença condenatória. Nesse sentido, “a demonstração da materialidade do delito, diversas vezes é feita através do auto de apreensão, que comprova a existência e a posse de determinado objeto, podendo ser uma arma, droga ou a *res furtiva*, por exemplo” (REMUS; WENDT, 2016, p. 8).

Assim, conhecer do motivo ensejador da entrada de policiais em determinado domicílio é elemento crucial para avaliar se o ato será considerado como prova ilícita e, por consequência, se a eventual droga apreendida será tida como prova ilícita por contaminação. Para a devida compreensão deste ponto, é preciso abordar a temática do tratamento conferido às provas ilícitas no processo penal brasileiro.

4 A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em breve síntese, “prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”. O objetivo da prova é a obtenção do convencimento do julgador, que decidirá, no processo penal, a sorte do réu, condenando-o ou absolvendo-o (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 627).

Salah Khaled Jr. (2009, p. 252) ressalta a importância de se diferenciar o “rastros” da “prova”. Os rastros, em sua concepção, são as evidências, isto é, os vestígios do conhecimento histórico, mas que não equivalem ao passado, pois são apenas parte de um todo que já ocorreu. Por isso, os rastros precisam passar por um processo de interpretação que lhes extraia significado, processo este que caminha por escolhas e correções, que acontecem no presente.

A seleção desses vestígios já começa a partir do seu ingresso no processo e na sua conversão, após devida verificação, em elemento de convencimento, ou seja: o rastro torna-se prova. Ocorre, portanto, uma relação de aperfeiçoamento, já que a prova é mais do que um rastro, pois sobreviveu a um exame de veracidade – a qualidade de rastro foi atestada e, assim, ele fora elevado à condição de prova (KHALED JR., 2009, p. 252-253).

Ainda nesse sentido, o autor explica que, uma vez formada a convicção do órgão acusador com o devido oferecimento e recebimento da denúncia pelo magistrado, dá-se início ao processo. Somente a partir desse momento, abre-se a possibilidade de conversão do rastro em prova. É

essa elevação que confere substancialidade a um juízo de verossimilhança significativa, que permite a tomada de decisão por parte do juiz (KHALED JR., 2009, p. 253).

A pretensão do autor levada ao Judiciário tem a prova como instrumento por meio do qual se intenta reconstruir os fatos passados a serem comprovados, com o objetivo de formar o convencimento do intérprete, o que culminará, na maior parte das vezes, numa sentença de procedência ou improcedência do direito material alegado. Contudo, a admissibilidade das provas não é absoluta, sendo restringida por preceitos legais e morais (MENDONÇA, p. 32, 2004).

No âmbito do processo penal, a vedação relativa aos meios de prova está relacionada ao conjunto de valores sociais emanados do estatuto ético da sociedade. Boa parte desse estatuto está prevista na Constituição Federal – previsão de valores éticos mínimos, considerados fundamentais para a existência de uma sociedade civilizada (PRADO, 2005, p. 210).

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 642), prova ilícita é aquela obtida por meio de violação a direitos que o ordenamento confere aos cidadãos: a ofensa se dá sobre normas de direito material, sejam elas legais ou constitucionais. Na lição de Aury Lopes Jr. (2019, p. 394), em geral, a prova ilícita decorre de uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade do indivíduo.

A doutrina promove uma distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, que são espécies do gênero “provas ilegais”. Nas ilegítimas, a violação ocorre em relação a uma norma de direito processual, isto é, no momento da produção da prova em juízo, dentro do processo; as provas ilícitas, de outro lado, decorrem de violação a normas de direito material, podendo ser anterior ou concomitante ao processo, mas sempre em apartado dos autos processuais (LOPES JR., 2019, p. 394).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 642) defendem que a busca da verdade real no processo deve encontrar limites. Uma persecução penal ilimitada, na qual os fins justificassem os meios e, desse modo, se admitissem provas ilícitas, seria impensável num Estado Democrático de Direito. Assegurar a imprestabilidade das provas ilícitas é blindar as garantias constitucionais e frear o arbítrio estatal.

Ainda nesse viés, Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 81) ensina que se deve buscar um ponto de equilíbrio: ao mesmo tempo em que não se pode tomar a privacidade do cidadão como uma garantia absoluta contra o processo penal, também não se pode permitir que, pela égide do princípio da verdade real, a busca incontrolável e desmedida da prova ofenda o investigado em

seus direitos fundamentais e no seu direito de que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

Geraldo Prado (2005, p. 209), ao abordar o tema da atividade probatória sob a perspectiva do sistema acusatório do processo penal brasileiro, orienta que “como não há verdade absoluta, verdade real, a maneira mais segura de se alcançar o melhor resultado certamente não justificará o desrespeito aos valores fundamentais da pessoa humana”.

Seguindo o raciocínio, o autor afirma que o resultado da atividade probatória no processo penal se sujeita, objetivamente, ao mesmo tipo de crítica aplicável a todas as pesquisas científicas e, eticamente, à reprovação pela utilização de mecanismos tão censuráveis quanto à infração penal que se pretende elucidar (PRADO, 2005, p. 210).

Em suma, do ponto de vista subjetivo, ninguém, nem mesmo o magistrado, pode pretender dominar toda a realidade ocorrida no passado, isto é, não se pode pretender enunciar uma verdade real e absoluta. A busca da verdade processual deve ser guiada pelos princípios constitucionais democráticos (PRADO, 2005, p. 210).

O legislador constituinte expressamente consagrou a vedação à utilização de provas ilícitas no âmbito processual brasileiro²⁷. A razão de ser deste mandamento constitucional é garantir que o produto de uma violação à norma não seja utilizado para julgar um indivíduo por uma suposta infração à lei. Não se pode permitir que um sujeito perca a sua condição de inocente por meio de um processo que se aproveitou de uma violação ao ordenamento jurídico (GONÇALVES, 2017, p. 31).

O critério da Constituição Federal institui, portanto, que a obtenção ilícita da prova macula o seu conteúdo de maneira integral, tornando-a inapta para a formação do convencimento do magistrado no bojo de um processo judicial (MENDONÇA, 2004, p. 31).

Trata-se, ainda, de preceito que reproduz o entendimento jurisprudencial norte-americano, no sentido de que apenas a vedação absoluta do ingresso processual de uma prova ilícita pode servir de bloqueio eficaz às práticas ilegais da sua produção (GOMES FILHO, 2010, p. 397).

Na seara infraconstitucional, o artigo 157 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/2008, dá tratamento legal ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no

²⁷ 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:
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

processo, consagrado pela Carta Maior, com a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Ao desentranhar a prova vedada do processo, evita-se uma perpetuação no tempo dos efeitos prejudiciais que ela possa causar. Uma vez detectado algum vício na prova em si ou na sua forma de confecção, o magistrado deve, após oitiva das partes, determinar o desentranhamento. Precluindo a decisão, a prova ilícita será destruída, sendo facultado às partes acompanhar tal procedimento (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 644).

Não há recurso específico definido pelo Código de Processo Penal para se interpor contra a decisão que determina o desentranhamento da prova ilícita. Assim, restam as ações autônomas de impugnação, isto é, o *habeas corpus* ou o mandado de segurança. Todavia, nada impede que o questionamento se dê em preliminar de eventual recurso de apelação, em razão do cerceamento do direito de defesa ou de acusação ocasionado pela expulsão da prova ilícita dos autos (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 644).

Demais disso, Aury Lopes Jr. (2019, p. 409) entende que, para além do desentranhamento da prova reputada ilícita, deve-se substituir o juiz do processo, já que a sua permanência representa um grave prejuízo ao acusado, decorrente do contato prévio com o material ilegal. De acordo, Nestor Távora e Rodrigues Alencar (2019, p. 644) afirmam que os reflexos da prova ilícita são imensuráveis no processo e o magistrado, mesmo que de maneira não intencional, corre o risco de refletir na decisão o convencimento pré-concebido pela influência da prova ilegal²⁸.

Suficientemente abordado, para fins do presente estudo, o tratamento doutrinário, constitucional e infraconstitucional dado às provas ilícitas no âmbito processual brasileiro, é necessário analisar algumas das teorias de destaque existentes acerca da possibilidade de se admitir o ingresso e a utilização dessas provas no processo.

²⁸ Neste ponto, vale destacar a recente modificação realizada pela Lei nº 13.964/2019, que inseriu o § 5º no artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro, determinando que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. No entanto, esta alteração encontra-se com a eficácia suspensa, por decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, em 22 de janeiro de 2020.

4.1 TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Apesar da clara proibição constitucional em relação à admissibilidade das provas ilícitas, há resistência a sua completa aplicação, especialmente no que diz respeito ao valor da regra de exclusão em opiniões doutrinárias e em determinados julgados (GOMES FILHO, 2010, p. 399).

A admissibilidade de uma prova violadora de um direito fundamental em prol do interesse público de justiça sempre provocou muitos debates doutrinários e jurisprudenciais. De um lado, defende-se a predominância do direito coletivo (justiça e defesa social) sobre o individual (garantias fundamentais). De outro, verifica-se o confronto entre o direito à prova e o direito à intimidade, sendo que este prevalece sobre aquele, por expressa disposição do legislador constituinte (MENDONÇA, 2004, p. 50).

Neste ponto, torna-se essencial tratar sobre duas das principais teorias acerca da admissibilidade das provas ilícitas. Isto porque, para uma precisa elucidação do tema exposto neste trabalho, não há pertinência em esgotar todas as posições existentes na doutrina e na jurisprudência.

A importância da discussão sobre a admissibilidade das provas ilícitas diz respeito ao juízo de valor a ser realizado pelo magistrado de tais elementos. Conforme ensina Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça (2004, p. 35), essa valoração na fase instrutória do processo “decorrerá da posição adotada quanto à admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas como forma de convencimento judicial”.

Segundo Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 82), a tendência se dá no sentido de inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, havendo, contudo, forte inclinação para se admitir a sua utilização, no caso concreto, em observância ao princípio da proporcionalidade. Desse modo, imprime maior relevância restringir-se ao enfrentamento dessas duas teorias.

4.1.1 Inadmissibilidade absoluta

De acordo com Aury Lopes Jr. (2019, p. 369), os defensores dessa teoria são aqueles que fazem uma interpretação literal do mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso LVI, que impõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

É uma posição que encontra respaldo, especialmente, nos casos em que a prova fora obtida mediante violação de direitos constitucionalmente previstos (como a inviolabilidade do domicílio). A premissa, aqui, parte do entendimento de que a vedação constitucional não admite relativização. É uma corrente que possui diversos adeptos na doutrina e encontra certo abrigo na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal (LOPES JR., 2019, p. 396).

A inadmissibilidade trata-se de um não-ato que objetiva o completo desestímulo à violação das liberdades individuais para se provar, a todo custo, uma dita verdade processual desejada. As provas obtidas por meios ilícitos são desprovidas de qualquer força probatória, pois estão contaminadas pelo vício da ilegalidade – na modalidade de ilicitude pela violação de normas legais e princípios constitucionais (MENDONÇA, 2004, p. 56).

Justifica-se que o direito à prova, no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluto, encontrando limite no direito à intimidade, que deve ser resguardado. É uma decorrência lógica do sistema acusatório, que preserva a dignidade do ser humano. A busca pela verdade real deixa de ser plena, como era no sistema inquisitivo (MENDONÇA, 2004, p. 49).

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça (2004, p. 51) esclarece que “para essa corrente, afigura-se inconstitucional qualquer atividade violadora do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, por serem uma garantia do ser humano no Estado Democrático de Direito”.

No entender de Aury Lopes Jr. (2019, p. 396), essa é uma teoria criticável justamente por conta da absolutização da vedação, já que o próprio direito constitucional nega o caráter absoluto de regras e direitos. A corrente da inadmissibilidade absoluta pretende firmar uma razão universal, abdicando-se da necessidade de se ponderar a complexidade de cada caso concreto.

4.1.2 Admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade

De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho (2010, p. 406), a vedação constitucional da prova obtida por meios ilícitos parte do pressuposto de que a atividade probatória deve ser limitada diante da proteção a outros valores consagrados pelo ordenamento, que se sobrepõem à busca da verdade processual; isto é, a ponderação de interesses é o que justifica a proibição.

Essa mesma ideia pode fundamentar, em situações excepcionais, a prevalência do direito à prova sobre a proteção que se almeja com a regra da vedação às provas ilícitas. Fala-se, então,

em proporcionalidade, princípio que autorizaria a superação da proibição constitucional em determinados casos (GOMES FILHO, 2010, p. 407).

Nessa toada, “a teoria da proporcionalidade aplicada em primeira linha pelos tribunais alemães visa, primordialmente, a prevenir eventuais injustiças causadas pela aplicação irrestrita e cega da lei, quando em confronto com casos de especial gravidade” (MENDONÇA, 2004, p. 26).

Para os seguidores dessa corrente, nos casos em que o interesse público a ser protegido for de extrema relevância, a prova ilícita poderia ser admitida. Abranda-se a regra de proibição quando a admissibilidade da prova ilegal for a única forma possível e razoável para proteger outros direitos fundamentais (LOPES JR., 2019, p. 397).

Na jurisprudência brasileira, segundo Aury Lopes Jr. (2019, p. 397), essa teoria é adotada com reservas, mas encontra certa guarida nos casos de direito de família. Na seara do processo penal, contudo, são raras as decisões que a aderem.

A teoria da proporcionalidade vem sendo aceita visando-se evitar uma aplicação rígida do mandamento constitucional que veda a utilização das provas ilícitas, apenas quando a violação a este dispositivo for feita com o intuito de se proteger bem maior, também amparado pela Constituição (FERNANDES, 2010, p. 83).

No saber de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça (2004, p. 65), é notório que a presente teoria se configura como exceção, mas uma exceção pertinente e necessária. A autora ensina que a regra (vedação das provas ilícitas) “resguarda o interior da pessoa humana fundada em princípios morais e constitucionais”, enquanto a exceção (teoria da proporcionalidade) “busca a efetividade da justiça, sendo este um valor tão relevante quanto aquele”.

De outro lado, Aury Lopes Jr. (2019, p. 397) argumenta que a teoria em exame representa grande perigo, na medida em que o conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado para servir a quem pretende utilizá-lo. No seu entender, configura-se um grave retrocesso a aplicação de um conceito indeterminado e manipulável para restringir direitos fundamentais.

A ramificação teórica consistente na proporcionalidade exclusivamente *pro reo*, de outra monta, encontra maior adesão. O escopo dessa corrente consiste na situação em que “o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)” (LOPES JR., 2019, p. 398).

Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 85) explica que é ampla a aceitação da teoria da proporcionalidade *pro reo*, já que não se conseguiria justificar a condenação de uma pessoa quando há, nos autos, prova da sua inocência, mesmo que obtida por meios ilícitos.

No entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho (2010, p. 409), o direito à prova de inocência prevalece sobre o direito fundamental violado na obtenção da prova ilícita, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores insuperáveis numa sociedade democrática, mas, também, porque não deveria interessar ao Estado a punição de um inocente, que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado.

Por fim, como já explicitado, existem outras teorias quanto ao tema da admissibilidade das provas ilícitas; contudo, para fins do presente trabalho, o exame das correntes da inadmissibilidade absoluta e da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade mostra-se suficiente.

Todavia, uma devida análise do tema das provas ilícitas ainda comporta destaque à questão da prova ilícita por derivação, que possui extrema relevância prática e provoca profundos debates doutrinários, além de possuir previsão infraconstitucional expressa, no Código de Processo Penal.

4.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

O Código de Processo Penal inadmite, de forma expressa, as chamadas provas ilícitas por derivação, no parágrafo 1º do artigo 157, salvo quando não ficar evidenciado nexo de causalidade entre a prova derivada e a ilícita, ou quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da ilícita²⁹.

É a extrema prejudicialidade que a produção de uma prova ilícita pode acarretar ao processo que permite a transcendência dos seus efeitos a todo o material dela decorrente. Entende-se que os elementos que se originam de uma prova viciada são imprestáveis, devendo ser desentranhados dos autos (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 645).

²⁹ § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O princípio da contaminação das provas derivadas tem origem nos Estados Unidos, através do caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, julgado em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido utilizada pelo Juiz Frankfurter, da Suprema Corte, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. A lógica deste princípio é a de que, se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados, por derivação (LOPES JUNIOR, 2019, p. 401).

O referido princípio estabelece que o vício se transmite para todos os elementos probatórios obtidos por meio do ato ilícito, contaminando-os com a mesma intensidade. Assim, devem ser desentranhados do processo tanto o ato originariamente viciado, como os demais derivados daquele, já que serão igualmente ilícitas as provas que decorrerem destes (LOPES JUNIOR, 2019, p. 401).

Ainda nesse sentido, Aury Lopes Junior (2019, p. 401) exemplifica um caso em que há incidência do princípio da contaminação: quando a descoberta da existência de objetos utilizados para a prática de um crime tenha decorrido de interceptação telefônica ilegal, mesmo que a busca e apreensão se dê de forma regular, com o devido mandado judicial, será prova ilícita, pois decorre de ato viciado.

No entanto, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, comportando limitações, que, inclusive, foram incorporadas pelo legislador no Código de Processo Penal. A primeira consiste na exigência de nexos causal entre a prova ilícita e a prova derivada; no entender de Antônio Scarance Fernandes (2010, p. 87), não se trata, efetivamente, de uma limitação, e sim de um esclarecimento no sentido de que é necessário verificar-se a conexão entre a prova viciada e as demais existentes no processo. Sem essa conexão, não há que se falar em contaminação.

A segunda limitação legalmente estabelecida corresponde à fonte independente. Por fonte independente entende-se como “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, nos termos do § 2º do artigo 157 do mesmo diploma legislativo.

Contudo, ao conceituar fonte independente, o legislador aproximou-se muito mais da teoria da descoberta inevitável, de origem norte-americana. Neste caso, permite-se ao magistrado afastar uma prova ilícita sob o argumento de que, diante de um juízo de probabilidade, seria possível produzi-la por outros meios de investigação ou instrução, com a devida observância aos procedimentos legais (FERNANDES, 2010, p. 88).

Na mesma esteira, Antonio Magalhães Gomes Filho (2010, p. 404-405) leciona que, aparentemente, o legislador brasileiro confundiu os conceitos de fonte independente e descoberta inevitável, ambas as exceções consagradas pela jurisprudência estadunidense. Isto porque, na concepção norte-americana, fonte independente supõe que o dado probatório possua uma origem lícita e outra ilícita, tornando-o válido com a supressão da fonte ilegal.

No entanto, “a lei dá a entender que a basta a simples possibilidade de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial”. E, ao conceituar fonte independente, subverte a sua ideia original e acaba colocando em risco a finalidade da vedação constitucional à utilização das provas ilícitas, pois viabiliza o aproveitamento das provas derivadas, desde que estas pudessem ser descobertas por meios lícitos (GOMES FILHO, 2010, p. 404).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 647), de outro lado, entendem que a teoria da fonte independente, na verdade, corresponde à ausência de nexos causal abordada pelo legislador – caso de aproveitamento do processo quando as outras provas carreadas aos autos forem absolutamente independentes daquela viciada, isto é, quando não guardarem, entre si, relação de causa e efeito.

A descoberta inevitável corresponderia às situações em que a prova, circunstancialmente, decorre de prova ilícita, mas seria obtida de qualquer maneira, por meio de outros atos válidos de investigação. Nas exatas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 648), “a prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la”.

Para Aury Lopes Junior (2019, p. 402), diferentemente, tanto a teoria da fonte independente, quanto a da descoberta inevitável, atuam quando há nexos causal, já que, quando a prova não é derivada, não há relação de causalidade e, via de consequência, não há contaminação. As referidas teorias se situam no campo da futurologia, sem qualquer concretude probatória, mas, essencialmente, abarcam provas derivadas, que poderiam ser obtidas de qualquer forma por outra fonte e, por isso, são consideradas legítimas.

No saber de Aury Lopes Jr. (2019, p. 405), o princípio da contaminação constitui um grande avanço no tratamento das provas ilícitas, mas tem sido bastante relativizado nos tribunais brasileiros, a ponto de a interpretação sobre a matéria se tornar casuística. O entendimento predominante nos tribunais superiores é de que não se anula a condenação se a sentença estiver

pautada em outros elementos probatórios além da prova ilícita. Assim, a teoria acaba sendo enfraquecida.

Em síntese, nota-se que o tema em questão ainda controverso e muito debatido pela doutrina brasileira, o que resulta numa oscilação jurisprudencial de acordo com cada caso concreto, especialmente em virtude do emaranhado texto legal. Dessa forma, a intenção aqui não é esgotar tal debate, apenas delinear as suas marcas principais.

Abordar a matéria do princípio da contaminação e suas variáveis, ainda que não completamente, é pressuposto lógico para se passar ao estudo do valor probatório da delação anônima. Isto porque, a depender do significado probante que se confira à reputada espécie de *notitia criminis* e, em especial, aos seus desdobramentos, a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada terá uma forte aplicabilidade prática.

4.3 O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO ANÔNIMA E DOS ATOS DECORRENTES

Previamente conceituada, no presente trabalho, a delação anônima como uma notícia crime inqualificada, importa deslindar se, no processo penal brasileiro, lhe é fornecido algum tipo de valor probatório – tanto para a delação em si, quanto para os atos que decorrem dela – e, se positivo, quais os limites processuais aplicados.

Isto porque, como salientado anteriormente, a Constituição Federal veda, expressamente, o anonimato, bem como a produção de provas ilícitas, além de prever outras tantas inviolabilidades, a fim de garantir e preservar o direito à intimidade. Desse modo, é necessário analisar o alcance probatório da delação anônima, diante da vedação constitucional e do conceito já abordado de prova ilícita – aquela obtida em violação a normas de direito material legal ou constitucionalmente previstas.

Inicialmente, Gustavo Badaró (2013, p. 551) afirma que “uma informação anônima pode gerar no espírito do investigador uma suspeita, isto é, um simples estado subjetivo, que o levará a buscar elementos de informação que confirmem ou não tal opinião”. O autor ressalta que uma delação anônima que não tenha sido confirmada por elementos de informação prévios não é suficiente para embasar um juízo de acusação positivo de autoria delitiva em relação a um indivíduo.

No mesmo sentido, Rodrigo Iennaco (2006, p. 250) defende que a denúncia anônima apenas traduz, para a autoridade policial, o dever de diligenciar, por meio de apuração sumária e superficial, a verossimilhança da informação fornecida pelo cidadão. Em suas palavras, a delação apenas “implica o dever de averiguar a existência do crime para posterior comprovação de sua materialidade e autoria em sede de investigação criminal formal”.

Gustavo Badaró (2013, p. 551) estabelece que um ato anônimo não pode ter eficácia como ato jurídico, pois a Constituição veda o anonimato. A manifestação anônima pode impulsionar práticas investigativas para confirmá-la, mas a sua valoração direta não é permitida, ainda que se faça um juízo de probabilidade (e não de certeza) sobre a autoria e materialidade delitivas.

Se, de outro lado, considera-se possível extrair efeitos jurídicos de uma delação apócrifa, estes possuirão uma força probante muito reduzida, já que o denunciador anônimo não se submete às penas de falso testemunho, falsidade ideológica, denunciação caluniosa e nem à reparação civil por danos à honra do denunciado (BADARÓ, 2013, p. 551-552).

Para Rodrigo Iennaco (2006, p. 249-250), a notícia apócrifa, em si, não possui valor probatório-processual algum, isto é, não é um meio de prova. Pensar diferente esvaziaria o conteúdo da norma constitucional de proibição ao anonimato, que é uma garantia individual do cidadão. Contudo, se não possui valor probante, a notícia apócrifa também não se submete ao regramento da vedação às provas ilícitas, pelo fato de não ser prova.

Noutras palavras, a conjugação dos incisos IV e LVI do art. 5º da Constituição Federal impede a consideração da delação anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo. Obviamente, as provas reunidas durante a investigação serão tomadas desvinculadas da delação anônima, analisadas em si mesmas quanto à sua licitude (IENNACO, 2006, p. 249).

Não há nulidade presumida a todo o procedimento penal somente pela existência de delação apócrifa, porque a informação veiculada nela impõe para a autoridade pública o dever de diligenciar. Quando essa investigação prévia acontece, a denúncia anônima é substituída pelos elementos autênticos de convicção, aptos à formação do juízo de materialidade e autoria delitivas (IENNACO, 2006, p. 260).

A verificação das informações contidas na delação é constitucional, mas ela, em si e isoladamente, é completamente desprovida de força probante, não podendo, de forma alguma, influenciar o validamente o convencimento do magistrado. A mediação entre a notícia anônima e a instauração válida de persecução penal se dá justamente por meio desses atos investigativos

prévios e informais, desde que não se traduzam em violações a direitos constitucionalmente garantidos (IENNACO, 2006, p. 260).

Surge, então, a problemática da valoração probatória dos atos decorrentes da delação anônima, que, como se viu, não é elemento probatório, mas poderá ser substituída por elementos autênticos que se revistam de força probante. Quais atos as autoridades policiais podem performar a partir de uma notícia anônima é uma questão extremamente crítica, até porque, como não possui caráter de prova, não há que se falar em princípio da contaminação entre a notícia e os atos consequentes (se a delação não é prova, não será ilícita e, via de consequência, não contaminará as ações estatais que lhe sucederem).

Todavia, muitas vezes, as autoridades policiais se valem dessas denúncias para perpetrar atos de investigação invasivos, como a interceptação telefônica e a violação domiciliar. Assim, torna-se relevante examinar quais atos oriundos dessa comunicação podem servir como elementos de convicção, tanto para a própria formação de justa causa para o oferecimento da peça penal acusatória, quanto para a formação de convencimento do julgador no decorrer da instrução processual.

Rodrigo Iennaco (2006, p. 249) afirma que, em que pese não se enquadre a carta anônima como prova ilícita, não se permite que a partir dela, isoladamente, se adotem medidas restritivas de garantias constitucionais, a abertura de inquérito policial ou a formulação, em juízo, da pretensão punitiva. A *delatio* anônima constitui-se, meramente, num instrumento válido para a deflagração do poder investigativo estatal, mediante atos prévios, informais e sem violação a direitos fundamentais dos cidadãos.

Gamil Föppel e Renata Ferrari (2010, p. 472), tratando, especificamente, da instauração de inquérito policial a partir de notícia crime apócrifa, entendem que isso significaria violar uma gama de garantias constitucionais sem, na verdade, se resguardar quaisquer outros direitos. Isso porque, se a autoridade policial resolve pelo início formal das investigações com a deflagração de medidas constritivas e, ao final da apuração, não se descobre a existência de crime, não será possível responsabilizar ninguém pela denúncia caluniosa e nem pelas violações perpetradas.

Nesse sentido, é essencial destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, emanado nos autos da Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 100.042-0, originária de Roraima e julgada em 02 de outubro de 2009, quando o Ministro Celso de Mello, relator do processo em questão, precisou apreciar o pedido de trancamento de procedimento de investigação penal sob a

alegação de ter sido instaurado pelo Ministério Público com base apenas em delação anônima.

O Ministro Relator julgou que:

(a) o escrito anônimo não justifica, por si só, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração da “*persecutio criminis*”, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “*crimen falsi*”, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discricção”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “*persecutio criminis*”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas [...] (2009, p. 4).

No caso em apreço, o Ministro entendeu que o Ministério Público instaurou o procedimento investigativo depois de ter adotado “medidas fundadas em prudente discricção e destinadas a conferir a verossimilhança dos dados que lhe foram transmitidos mediante delação anônima” (2009, p. 10), indeferindo, assim, o pedido de medida cautelar.

Salienta-se que, em 07 de agosto de 2007, a Primeira Turma do Supremo já havia definido, por maioria, nos autos do *Habeas Corpus* nº 84.827-3, do Tocantins, no voto do Min. Relator Marco Aurélio, que “não serve à persecução penal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente” (2007, p. 1).

Gustavo Badaró (2013, p. 552-553), abordando o tema da interceptação telefônica, preceitua que “a necessidade da realização deve ser aferida em concreto, de acordo com as possibilidades que o caso apresenta”. Seguindo o raciocínio, argumenta que a aferição da necessidade da interceptação telefônica não pode se dar por mera denúncia anônima, porque esse elemento informativo não fornece qualquer concretude e acabaria legitimando a violação da comunicação telefônica de toda e qualquer pessoa, a partir de uma simples declaração protegida pelo anonimato.

Diante desse cenário, infere-se que medidas restritivas de direitos individuais precisam, de maneira geral, de indícios razoáveis para serem válidas. A grande questão que se coloca é se a delação anônima é suficiente para motivar violações constitucionais, em nome do dever estatal de segurança pública e de preservação da paz social. As garantias constitucionais são diversas;

em sua maioria, decorrentes da proteção ao direito à intimidade, como é o caso da inviolabilidade de domicílio, amplamente apreciada no capítulo anterior desta monografia.

Para fins do presente trabalho, a partir de agora se examinará, com maior afinco, se a delação anônima constitui fundada razão para a violação domiciliar, que, como previamente abordado, é medida restritiva que afronta diretamente a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.

5 FUNDADA RAZÃO PARA A INVASÃO DOMICILIAR

Inicialmente, é importante relembrar que o termo “invasão domiciliar” está sendo utilizado nesta monografia para indicar as hipóteses de entrada em domicílio por suspeita de flagrante delito, ainda que esta seja apenas uma das exceções previstas pela Constituição Federal na ausência de mandado judicial ou de consentimento do morador, ao lado do ingresso na casa para prestar socorro e nos casos de desastre.

Como explicado no momento da introdução desta pesquisa, o objeto de análise final do presente estudo são os casos de denúncias anônimas que ensejam invasões domiciliares de agentes policiais nas suspeitas de tráfico de drogas, o que evidencia o enfoque na exceção constitucional do flagrante delito. Por isso, optou-se por utilizar o termo “invasão domiciliar” para cumprir tal finalidade.

Ao longo deste trabalho, se constatou que, no Brasil, o domicílio possui proteção jurídica constitucional e penal, dada a sua importância para a preservação da intimidade e privacidade de qualquer indivíduo. Desse modo, as exceções à inviolabilidade domiciliar estão estritamente previstas na Constituição Federal de 1988 e nos diplomas legislativos infraconstitucionais já abordados.

Ocorre que, como também já examinado, até mesmo as exceções possuem limites, a fim de evitar que as possibilidades de invasão domiciliar aconteçam de maneira arbitrária a ponto de esvaziar o conteúdo do princípio constitucional.

A redação do Código de Processo Penal, ao tratar sobre busca domiciliar, é cristalina ao impor a necessidade de fundadas razões³⁰ para a sua realização. De igual modo, a excludente de

³⁰ Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: [...]

ilicitude prevista no § 2º³¹ do artigo 22 da Lei de Abuso de Autoridade só torna a invasão por um agente público lícita se “fundados indícios” indicarem a sua necessidade.

No entanto, ambas as expressões são extremamente vagas, não sendo previsto um rol sequer exemplificativo nesses diplomas para fornecer segurança jurídica à sociedade, tanto para os agentes policiais que efetuam a invasão, tampouco para os indivíduos que sofrem a violação domiciliar.

Conforme ensina Aury Lopes Jr. (2019, p. 510), “o primeiro problema da busca domiciliar reside na expressão ambígua fundadas razões, empregada no art. 240, § 1º, cuja abertura remete a um perigoso espaço de discricionariedade e subjetividade judicial”.

Ainda que, no supracitado trecho, o autor esteja se referindo à situação do mandado judicial de busca desfundamentado, é possível afirmar que essa indeterminação do que são as “fundadas razões” para uma busca domiciliar judicialmente autorizada influencia no que pode ser considerado motivo autorizador para invadir uma casa por suspeita de flagrante delito, hipótese em que não é necessário o prévio mandado.

Isto porque, se há incerteza quanto ao que pode ser considerada uma fundada razão para que o juiz, analisando o caso concreto, determine a realização de busca no domicílio do investigado (ou denunciado, a depender de em que fase ocorra), há incerteza ainda maior no campo dos fatos, da urgência do flagrante, dos atos perpetrados por agentes da polícia, quando não há qualquer tipo de apreciação judicial anterior.

A ideia de fundadas razões, suspeitas ou justa causa está relacionada com a premissa de que uma garantia constitucional não pode ser violada por qualquer motivo, sem fundamento razoável, proporcional e suficientemente apto a justificar o seu descumprimento. Nenhum direito é absoluto, nem mesmo os fundamentais, mas a sua quebra não pode ser feita de forma corriqueira e banal (ARAÚJO *et al.*, 2018, p. 355).

Na lição de Ingo Sarlet e Jayme Neto (2013, p. 554), uma vez estabelecidos constitucionalmente quais são os direitos fundamentais, *a priori*, restringi-los é tarefa do Poder Legislativo, ao passo que, na dinâmica social, esse dever cabe ao Poder Judiciário. Em ambos os casos, deve-se atentar para a proporcionalidade e para a necessidade de se estabelecer parâmetros racionais de controle ao exercício do poder de polícia do Estado.

³¹ § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Cabe, aqui, realizar um panorama breve acerca do significado da proporcionalidade. De acordo com Ingo Sarlet (2017, p. 478), o princípio da proporcionalidade “desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”.

O autor esclarece que, para efetivar os seus deveres de proteção, muitas vezes o Estado corre o risco de afetar outros direitos fundamentais, inclusive os direitos daquele indivíduo que está sendo acusado de violar garantias constitucionais de terceiros. Nessas situações, o princípio da proporcionalidade atua como um critério de constitucionalidade das medidas restritivas impostas pelo Estado. Em outras palavras, o princípio atua “no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais” (SARLET, 2017, p. 478).

Relevante salientar que um dos desdobramentos desse princípio, quando exerce a função de direito de defesa contra medidas restritivas impostas pelo Estado, é a aferição da necessidade ou exigibilidade, isto é: o Estado deve optar pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, examinando a possibilidade da utilização de meios alternativos que alcancem o fim pretendido (SARLET, 2017, p. 479).

Desse modo, constata-se que o Estado, ao exercer o seu poder de polícia por meio dos seus órgãos, deverá adotar uma postura que respeite o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar medidas restritivas essencialmente abusivas, que violem direitos constitucionais sem que haja uma justa causa para tanto.

Indispensável destacar, como já feito anteriormente, que a invasão domiciliar perpetrada por agentes policiais em nome de uma suspeita de flagrante delito é prática comum no Brasil, notadamente quanto à infração de tráfico de entorpecentes, como será possível observar nos tópicos seguintes, em que se abordará alguns julgados pertinentes acerca do tema.

Na pesquisa realizada por Luís Carlos Valois, ao examinar 250 autos de inquéritos policiais relativos ao crime de tráfico de drogas em algumas capitais do Brasil, constatou-se que “das 69 violações de domicílio, apenas seis foram realizadas com mandado, ou seja, 8,6%” (2017, p. 472). Demonstra-se, assim, a frequência com que se invadem domicílios nas suspeitas de tráfico.

Diante desse cenário, em especial por conta da grande quantidade de recursos defensivos cuja questão principal consiste na ilicitude das provas obtidas por meio da violação domiciliar, bem como na ilegalidade da prisão em flagrante, o Supremo Tribunal Federal fora provocado para

definir uma tese acerca do que pode consistir fundada razão para se proceder uma busca e apreensão domiciliar sem prévia autorização judicial.

5.1 ENTENDIMENTO DO STF: RE 603.616

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente no Recurso Extraordinário n. 603.616, originário de Rondônia, julgado em 05 de novembro de 2015 e publicado em 10 de maio de 2016, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, firmando a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados (2015, p. 26).

A Corte precisou, a partir do caso concreto, se manifestar acerca da possibilidade de violação de domicílio nos casos de flagrante de crimes permanentes, para fins de delimitar a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, definir os elementos compositores do flagrante permanente e estabelecer qual a natureza jurídica das provas obtidas por meio da entrada forçada na casa: lícitas ou ilícitas (GONÇALVES, 2017, p. 80).

Conforme vê-se do julgado, os delitos imputados aos réus pelo Ministério Público do Estado de Rondônia eram o de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, previstos, respectivamente, nos artigos 33, 35 e 40, inciso V da Lei n. 11.343/2006³². Nos moldes da exordial, policiais federais receberam delações anônimas informando que os réus transportariam substâncias entorpecentes em um caminhão, motivo pelo qual as autoridades passaram a monitorar o trajeto do veículo. Após alguns dias, a polícia interceptou o caminhão, dirigido por apenas um dos acusados, e encontrou 23,421 kg de cocaína. Interrogado, o condutor informou que a droga pertencia ao corréu (GONÇALVES, 2017, p. 80-81).

³²Art. 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, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.

Na sequência, conforme relatado no acórdão do RE 603.616, os policiais se deslocaram para o domicílio do segundo acusado, durante a noite, sem mandado de busca e apreensão e sem o consentimento do morador. Após procederem a busca, encontraram nova quantidade de cocaína, no interior de um veículo que estava estacionado na garagem do imóvel. Por conta das apreensões, ambos foram presos em flagrante delito (2015, p. 27).

Depois de diversas movimentações processuais, em apertada síntese, o caso chegou ao Supremo. Antes do RE 603.616, o entendimento que predominava na Corte Superior consistia na permissão do ingresso da autoridade pública em domicílio alheio em qualquer caso de flagrante delito, seja de crimes permanentes, quando a flagrância se protraí no tempo, seja nos crimes de consumação imediata. Portanto, a entrada, nesses casos, era tida como lícita, sem ressalvas (GONÇALVES, 2017, p. 83).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 603.616 (2015, p. 18), tal posicionamento transferia ao policial o risco da diligência, uma vez que estaria cumprindo o seu dever legal caso o flagrante se concretizasse, mas poderia incorrer no crime de violação de domicílio, em caso contrário. Ainda de acordo com o seu voto, essa situação dava ao agente estatal um perigoso incentivo, pois ou ele desvendava o crime, ou responderia criminalmente pela violação.

Caso fosse apresentada denúncia, a defesa do policial seria, naturalmente, a de arguir que a sua conduta se enquadrava na excludente de ilicitude de estrito cumprimento de dever legal putativo, alegando que achava estar sendo praticado um crime dentro daquela residência e, por isso, a invadiu. O Ministro explica que, ao rejeitar essa defesa, o julgador acabaria punindo um policial que acreditava estar cumprindo seu dever. Se, de outro lado, a acolhe, aniquila a garantia da inviolabilidade do domicílio (2015, p. 18).

Diante desse cenário, Gilmar Mendes assevera, em seu voto, que era preciso evoluir para se estabelecer uma interpretação “que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação” (2015, p. 19).

A partir disso, o Relator, na decisão supramencionada (2015, p. 19) afirma que a invasão domiciliar, sem justificativa prévia, é arbitrária, não sendo a posterior confirmação do flagrante que validará a medida invasiva. A proteção da inviolabilidade de domicílio perpassa pela avaliação da diligência com base no que a autoridade policial sabia antes, e não depois da entrada forçada.

Performando uma análise de direito comparado com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Gilmar Mendes (2015, p. 21) elucida que o controle judicial da investigação criminal serve para compatibilizar os direitos individuais de liberdade com os interesses da segurança pública. Esse controle pode ser feito *a priori*, isto é, antes da adoção da medida que viola direito fundamental, ou *a posteriori*, após a medida, momento em que um terceiro imparcial verifica se os agentes estatais agiram no âmbito da legalidade.

Seguindo o entendimento, o Ministro esclarece que (2015, p. 22), nos casos em que a Constituição Federal determina como prescindível o controle judicial prévio para o ingresso forçado na casa, isto é, nas situações de flagrante delito, resta o controle *a posteriori* da medida. Todavia, uma vez confirmado o flagrante, o entendimento aceito na jurisprudência até aquele momento dispensava qualquer tipo de explicações dos policiais acerca das razões que os levaram a ingressar na casa.

Assim, o Relator (2015, p. 22-23) conclui que a saída é fortalecer o controle *a posteriori*, “exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente”. Gilmar Mendes explica que se trata do mesmo modelo probatório fixado pelo Código de Processo Penal para a realização de busca e apreensão domiciliar: a exigência de fundadas razões.

O intérprete segue seu voto afirmando que o próprio testemunho do policial pode ser invocado para justificar a medida, mas aquele deve receber especial atenção do Poder Judiciário, porque é uma situação que confere grande poder ao agente público. O Ministro exemplifica que, ao escutar gritos e pedidos de socorro vindos de dentro da residência, restaria configurada a fundada razão para o ingresso domiciliar, não necessitando o policial de confirmação adicional para agir (2015, p. 23).

De outro lado, é importantíssimo destacar, para fins do presente trabalho, que o julgador forneceu exemplos daquilo que não se pode considerar como justa causa válida e suficiente para respaldar a medida invasiva, no momento do controle *a posteriori*:

Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa. A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração (2015, p. 23).

Desta forma, embora não tenha composto a tese fixada no julgado o posicionamento de que a denúncia anônima não se reveste de força probatória para respaldar medidas invasivas, o corpo da decisão deixa claro que, no entendimento da Corte, esta espécie de notícia crime carece de potencial justificador à violação de domicílio. Nesse sentido, Gilmar Mendes afirma:

A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração (2015, p. 23).

Em seguimento, o Ministro invoca julgados anteriores do Supremo para determinar que a delação anônima não pode provocar, por si só, a imediata instauração da *persecutio criminis*, mas afirma que nada impede que essas informações “venham a dar base a pesquisas e, uma vez robustecidas por outros elementos, embasem a busca. Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas” (2015, p. 24).

O Relator ainda esclarece que a solução preconizada por ele em seu voto não tem a pretensão de resolver todos os problemas, já que a expressão “fundadas razões” demandará interpretação do julgador em cada caso concreto. No seu entender, o fundamental é possibilitar a contestação da invasão domiciliar por parte da defesa, que poderá impugnar a existência e suficiência de razões para a medida (2015, p. 24).

No caso concreto, o Ministro Relator entendeu que havia fundadas razões para suspeitar que o recorrente estava em situação de flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas. Isto porque a polícia já tinha interceptado o caminhão de sua propriedade que transportava entorpecentes, bem como interrogado o motorista (e corréu), que informou ter recebido a mercadoria do acusado (2015, p. 27).

Por maioria, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se deu na esteira do voto do Ministro Gilmar Mendes, negando provimento ao recurso extraordinário interposto pelo réu e mantendo a legalidade da busca domiciliar e da consequente prisão em flagrante (2015, p. 1). Apenas o Ministro Marco Aurélio divergiu do voto da relatoria, dando provimento ao recurso e absolvendo o acusado, entendendo pela inexistência de flagrante (2015, p. 58).

O posicionamento do Pretório Excelso provocou diferentes reações na doutrina. Ingo Sarlet (2015, p. 1) defende que a decisão merece mais elogios do que críticas, “salvo que se queira sufragar uma tese de matiz mais extremada, seja da parte dos que endossam tal prática sem maior limitação na hipótese, seja da parte dos que buscam proscrever em caráter absoluto tal possibilidade, desimportando as circunstâncias do caso concreto”.

No seu entender, uma leitura positiva da posição do STF pode ser feita no sentido de “estabelecer parâmetros racionais e justificáveis do sentido e alcance dos comandos constitucionais e legais incidentes na espécie, interpretando adequadamente a condição de flagrância nos crimes de natureza permanente e coibindo abusos nessa seara” (SARLET, 2015, p. 5).

O autor conclui afirmando que a temática é de difícil consenso no âmbito jurídico e ainda mais delicada no âmbito fático, devendo as circunstâncias do caso concreto serem analisadas de forma prudencial, sempre interpretando restritivamente as hipóteses autorizativas do ingresso forçado em domicílio alheio (SARLET, 2015, p. 6).

De outro lado, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar criticam a decisão da Corte Suprema, sob o fundamento de que há muita dificuldade em precisar a expressão “fundadas razões”, o que se torna mais grave com a possibilidade de essas razões serem justificadas *a posteriori*. Para os autores, “abre-se o flanco para que argumentos retóricos apresentados seguidamente à violação de domicílio, com o intuito de mascarar diligências policiais realizadas ao arrepio da Constituição” (2019, p. 788).

Em sequência, os autores argumentam que o entendimento do Supremo não é compatível com a hermenêutica dos direitos fundamentais e se afasta da finalidade de impor maiores limites ao arbítrio estatal. Nos seus exatos dizeres, “as balizas formuladas pelo supradito acórdão não tiveram êxito a impedir o subjetivismo que deve ser alijado naquelas situações extremas” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 789).

No mesmo sentido, Thiago Filippo (2015, p. 1) alega que “o STF perdeu uma oportunidade excelente para estabelecer parâmetros mais seguros à atividade policial, já que a expressão “fundadas razões” é polissêmica e, na prática, corre-se o risco de encerrar noção meramente retórica, incapaz de inibir ações potencialmente abusivas”.

Segundo o autor, a necessidade de se determinar parâmetros mais robustos para a realização de buscas domiciliares sem mandado judicial decorre da importância da segurança jurídica para a coesão de um Estado de Direito, em especial porque a inviolabilidade de domicílio não protege apenas o direito à propriedade, mas também os direitos à intimidade e privacidade, todos de índole fundamental (FILIPPO, 2015, p. 1).

Sendo assim, Filippo (2015, p. 3) finaliza afirmando que, no julgamento do RE 603.616, o Supremo deixou de traçar importantes diretrizes para a legitimidade da atuação policial, isto é,

falhou ao determinar balizas para o “como” e “quando” agir dos policiais, situação que preservaria a segurança jurídica e as liberdades individuais.

Em posição semelhante, Carolina Haber afirma que “o sinal dado pelo tribunal foi no mínimo confuso, e a formulação da tese de repercussão geral adotada pode ter o efeito contrário” (2016, p. 198). No seu entender, o problema reside em como a mensagem fixada no RE 603.616 será interpretada pelos juízes das instâncias inferiores, isto é, se eles conseguirão traçar limites entre a tese de repercussão geral e o caso em concreto analisado pelo Supremo (HEBER, 2016, p. 199).

A autora aponta que, se os magistrados apenas reproduzirem automaticamente a tese de repercussão geral fixada, sem analisar o posicionamento do STF quanto ao caso concreto, poderão surgir decisões que entendam, com respaldo no RE em comento, que a polícia pode sim adentrar nas residências sem mandado (HEBER, 2016, p. 199).

Além disso, Heber ressalta que a imprecisão encontrada no julgado do STF se torna ainda mais grave porque os policiais também são receptores das mensagens judiciais. Todavia, em sua opinião, nesses casos não se fala nem sequer em controle exercido *a posteriori*, “pois o Judiciário só vai exercer esse controle nas situações em que os policiais realmente encontraram a prova que buscavam. Nas inúmeras vezes que os policiais ingressam de forma arbitrária nas casas e nada encontram, não haverá qualquer controle” (2016, p. 199-200).

Destaca-se ainda que Távora e Alencar propõem uma adjetivação especial à noção aberta de “justa causa” colocada pela Corte Suprema, adicionando a necessidade de existir uma visibilidade do flagrante aferida por elementos empíricos, não subjetivos. Isto é, a proposta dos autores é de se exigir, para a entrada na casa de alguém sem ordem do juiz, uma “justa causa visível” (2019, p. 789).

Em apertada síntese, portanto, infere-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, para parte da doutrina, fora considerada prudencial; para outra parte, o Pretório Excelso perdeu a oportunidade de realmente fortalecer a garantia da inviolabilidade de domicílio e de frear os abusos perpetrados pela polícia.

Nesse sentido, há que se constatar que a expressão “fundadas razões”, utilizada no julgado, continuou imprecisa, cabendo, aqui, a mesma crítica feita em tópico anterior à redação do Código de Processo Penal. De fato, o STF não conseguiu estabelecer limites claros e precisos para a atuação policial no que tange à invasão domiciliar em casos de flagrante delito de crimes

permanentes (notadamente o tráfico de drogas), o que restará explícito a seguir ao proceder a análise de alguns julgados oportunos para a temática.

5.2 ALGUNS JULGADOS PERTINENTES

A partir de agora, passa-se ao exame de julgados considerados relevantes para ilustrar como a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral não cumpriu o objetivo de precisar o que pode ser considerado motivo suficiente para embasar a invasão domiciliar por policiais nas situações de flagrante delito, isto é, não delimitou satisfatoriamente a expressão “fundadas razões”.

Os acórdãos escolhidos tratam sobre infrações relacionadas a drogas (em especial, o tráfico) e possuem enfoque na questão da delação anônima como justificativa utilizada pelos agentes de segurança pública para a entrada forçada na casa. Isto porque, conforme trabalhado tangencialmente ao longo desta monografia, o problema de pesquisa aqui posto é a notícia apócrifa como (in)fundada razão para a invasão domiciliar por policiais nas suspeitas de tráfico de drogas.

Dessa maneira, as decisões foram selecionadas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, todas proferidas após a publicação da tese do STF, a fim de explicitar como esses tribunais abordam a temática de fundada razão ou justa causa para a invasão domiciliar, ou seja, como tem sido feito o controle *a posteriori* anteriormente abordado.

Como dito, a maioria dos julgados tem como cerne a questão da delação anônima, por ser o tema desta monografia, mas outros motivos invocados pelos policiais também serão observados, com a finalidade de se demonstrar os efeitos do posicionamento da Corte Suprema, elaborado em 2015 e publicado em 2016, no tribunais supracitados.

5.2.1 Superior Tribunal de Justiça

De início, importa evidenciar que, embora o STF tenha fixado a supramencionada tese em sede de repercussão geral a fim de fortalecer o controle *a posteriori* das razões que impulsionam os agentes públicos a invadirem um determinado domicílio, ainda existem decisões que nem

sequer mencionam o posicionamento do Supremo, tampouco analisam a razão que provocou a entrada forçada.

A título exemplificativo, destaca-se o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.637.287, originário de São Paulo, com data de julgamento em 27 de abril de 2017 e de Relatoria do Ministro Jorge Mussi.

No caso em apreço, o réu interpôs agravo regimental contra decisão monocrática do Relator que deu parcial provimento ao recurso especial defensivo, apenas para fixar a pena definitiva do acusado em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (2017, p. 3).

No recurso, o agravante, dentre outras teses, alegou “a nulidade das provas obtidas por meio de invasão de domicílio praticada pelos policiais, sem a prévia e necessária autorização judicial ou mesmo indícios consistentes da prática de crime no local” (2017, p. 3).

O Min. Relator, contudo, seguiu o posicionamento da Corte de origem (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), refutando a alegação de nulidade das provas obtidas por meio de invasão domiciliar em razão do caráter permanente do crime de tráfico de drogas (2017, p. 5):

Extrai-se da passagem acima colacionada que o aresto objurgado alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, a qual firmou-se no sentido de que é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, como ocorreu na hipótese em apreço, até porque referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência (2017, p. 5).

Ao observar o acórdão do STJ, nota-se que o Ministro não faz qualquer referência ao motivo que fundou a suspeita dos policiais para efetuarem a invasão à casa, limitando-se a invocar a permanência do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, ainda que aquele tenha sido proferido após um ano da fixação da tese de repercussão geral do Supremo. Inclusive, o seu voto foi acompanhado pela unanimidade da Quinta Turma do STJ (2017, p. 2).

No mesmo sentido, verifica-se a decisão emitida pelo Ministro Joel Ilan Paciornik nos autos do Recurso em *Habeas Corpus* (HC) nº 92.399, originário de Minas Gerais, julgado em 15 de março de 2018 – ou seja, praticamente dois anos após a publicação do posicionamento do STF.

Na situação apreciada, o réu fora preso em flagrante delito e denunciado pelas práticas consubstanciadas nos arts. 33 e 35 da Lei de Tóxicos, após busca e apreensão domiciliar realizada sem mandado judicial. A defesa interpôs recurso, pugnando, dentre outras questões, pela ilicitude das provas obtidas no domicílio do acusado e pela ilegalidade do flagrante, por ausência de justa causa para a invasão domiciliar (2018, p. 4).

O acórdão proferido pelo Min. Relator Joel Paciornik não faz qualquer menção ao RE 603.616 do Supremo Tribunal Federal e, ao examinar o pedido de ilicitude das provas obtidas na casa do recorrente, negou-lhe provimento, argumentando que:

No caso dos autos, após denúncia anônima, os policiais militares se dirigiram ao local e, verificando a existência de indícios concretos da traficância no interior da residência, lá adentraram, realizando a prisão em flagrante do ora recorrente, bem como apreensão de grande quantidade de droga e de petrechos utilizados na traficância. Nesse contexto, é certa a situação de flagrante, não havendo falar em nulidade por ausência de mandado de busca e apreensão (2018, p. 6).

Assim, percebe-se que o Relator não realiza, de fato, uma averiguação detida acerca das razões que motivaram os agentes de polícia a ingressarem na residência do acusado, invocando a delação anônima e a existência de indícios concretos de traficância como justa causa. Da mesma forma, não há referência alguma à tese fixada pelo STF em 2015.

De outro lado, o acórdão proferido pela Min. Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso Especial nº 1.647.020, originário do Rio Grande do Sul, julgado em 18 de maio de 2017, menciona a tese fixada pelo STF e analisa a razão dos policiais para a invasão da casa.

A Relatora enfatiza em seu voto que, conforme decidido pelo RE 603.616, não se exige, do policial, a certeza do cometimento da prática delitativa, “sendo bastante a demonstração, compatível com a fase de obtenção de provas, de que a medida foi adotada mediante justa causa com amparo em elementos que indiquem a suspeita da ocorrência de situação autorizadora do ingresso forçado na casa” (2017, p. 1).

No caso em comento, o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado que “absolveu o réu dos delitos de posse de drogas para consumo próprio e posse de munição de uso restrito, reconhecendo a ilicitude da busca domiciliar realizada, sem que evidenciada situação de flagrância, de modo a contagiar a prova material da infração” (2017, p. 3).

Consta no voto da Relatora o relato de que policiais militares foram informados por meio de *delatio criminis* anônima que estaria ocorrendo a prática do delito de tráfico de drogas naquela localidade, momento em que os agentes se dirigiram ao local. O acusado, ao avistar a aproximação da guarnição, empreendeu fuga da via pública para o interior da sua residência (2017, p. 11).

Diante disso, a Ministra entendeu pela “legalidade da busca domiciliar realizada com amparo na presença de fundadas razões, consistentes, repita-se, na existência de prévia denúncia anônima aliada à fuga do agravante de área pública para dentro da sua casa em razão da presença

dos policiais”, dando provimento ao recurso especial do MP, o que fora seguido, à unanimidade, pela Sexta Turma do STJ (2017, p. 14-15).

Dessa maneira, percebe-se, ao analisar o julgado acima colacionado, a importância conferida à delação apócrifa, ainda que tenha sido valorada em conjunto à fuga do indivíduo. O que se objetiva enfatizar é que a denúncia anônima foi efetivamente utilizada como fundamento para legitimar a invasão domiciliar perpetrada pelos policiais, situação que não é compatível com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em decisão mais recente, proferida pelo Ministro Ribeiro Dantas, em 18 de fevereiro de 2020 no Recurso em *HC* nº 89.853, originário de São Paulo, a Quinta Turma do STJ determinou, à unanimidade, que a fuga do investigado ao avistar a polícia combinada com a existência de delação anônima não configuram fundadas razões para mitigar o direito à inviolabilidade de domicílio (2020, p. 8-9).

O Relator optou por seguir precedentes da Corte Superior que exigiram prévia investigação policial para averiguar a veracidade das informações recebidas. Em suas palavras, “não se está a exigir diligências profundas, mas sim breve averiguação, como, por exemplo, “campana” próxima à residência para verificar a movimentação na casa e outros elementos de informação que possam ratificar a notícia anônima” (2020, p. 10).

Já no julgamento ocorrido em 12 de junho de 2018, o Ministro Felix Fischer proferiu voto nos autos do *HC* nº 441.175, originário de Santa Catarina, determinando como fundadas razões a fuga do acusado ao avistar os agentes policiais, quando então dispensou uma bolsa na qual se encontrou dinheiro em espécie e drogas (2018, p. 1-2).

Na situação apreciada, o acusado estava sendo observado por policiais militares em atitude consistente com a comercialização de drogas após denúncias anônimas indicarem a prática de tráfico naquela localidade. Ao avistar as viaturas, o paciente correu em direção a sua casa e dispensou a bolsa contendo entorpecentes e dinheiro em espécie (2018, p. 16).

À vista disso, o Min. Relator argumentou que:

Tais elementos configuram as fundadas razões para autorizar o ingresso em domicílio sem autorização judicial ou consentimento. Conclui-se que a diligência policial não decorreu de mera suspeita, mas da existência de indícios veementes de que o paciente praticava o delito de tráfico de drogas (2018, p. 16).

O citado entendimento fora referendado pela unanimidade da Quinta Turma da Corte Superior, afastando a preliminar de nulidade das provas obtidas por meio da busca domiciliar sem mandado judicial prévio (2018, p. 2).

No cenário apresentado, nota-se que, ao receberem as denúncias anônimas, os policiais realizaram campana próxima à residência do indivíduo, observando o seu comportamento, até que ocorreu a fuga com a dispensa da bolsa contendo drogas e dinheiro. Não se invadiu a residência a partir de simples delação anônima, mas sim a partir de elementos concretos que indicaram a prática de tráfico de entorpecentes, o que se mostra uma atitude em maior conformidade ao entendimento do STF e à proteção da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Numa interpretação mais alinhada com a proteção da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio e com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Rogério Schietti Cruz proferiu um voto em 20 de abril de 2017 no bojo do REsp nº 1.574.681, originário do Rio Grande do Sul, negando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado para manter a absolvição do acusado em virtude da ilicitude das provas obtidas por invasão domiciliar (2017, p. 4).

Em sua decisão, o Ministro menciona o caráter de direito fundamental da inviolabilidade de domicílio e explica que o caso em apreço traz à tona a discussão acerca da legitimidade da atuação policial que, sem consentimento do morador ou prévia autorização judicial, logra êxito ao encontrar entorpecentes na residência do indivíduo, de sorte a configurar a prática do delito consubstanciado no art. 33 da Lei de Tóxicos (2017, p. 12).

Segundo o Relator, em relação ao estado de flagrância e à natureza permanente do crime, uma análise detida acerca das circunstâncias fáticas do caso é essencial para aferir a legitimidade do procedimento policial. Em suas palavras, “as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, *quantum satis* e de modo objetivo, as fundadas razões que justifiquem o ingresso no domicílio e eventual prisão em flagrante” (2017, p. 13).

Em sequência, o Ministro Rogério Schietti menciona a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 603.616 e defende a necessidade de ajuste da jurisprudência aos limites estabelecidos pelo Pretório Excelso, a fim de aperfeiçoar o entendimento “para que se possa perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável” (2017, p. 15-16).

O Relator elucida que “o respeito aos precedentes não os torna imutáveis, sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito e sua compatibilização com a evolução dos costumes”, argumentando que, por isso, o precedente deve ser submetido à permanente reavaliação para, eventualmente, dar-lhe novos contornos (2017, p. 16).

De acordo com o intérprete, é importante enfatizar o aspecto sociológico da situação em apreço, no que diz respeito às localidades em que as invasões policiais ocorrem. O Ministro cita que essa temática foi suscitada pelo Supremo no RE 603.616, quando se destacou que a praxe policial brasileira são as abordagens feitas em comunidades em situação de maior vulnerabilidade social (2017, p. 19).

Em verdade, se, de um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais efetiva do Estado, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver assegurada a preservação de seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por agentes das forças policiais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais dos invasores, de que o local supostamente é um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada (2017, p. 20).

Assim, o Relator explica que é de especial relevância repensar em que medida o ingresso forçado nas casas sob a suspeita de tráfico de drogas é legítima do ponto de vista constitucional. Em seus dizeres, a ausência de justificativas suficientemente aptas “a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental” (2017, p. 20).

Firme no entendimento, o julgador determina que, para legitimar a invasão domiciliar, o policial deve ter fundadas razões, baseadas em circunstâncias objetivas, para acreditar que está ocorrendo um delito no interior da residência, explicitando ainda que a mera fuga de um indivíduo ao avistar os agentes públicos configura-se mera desconfiança e não significa que ele está portando ou comercializando substância entorpecente (2017, p. 22).

Passando à análise do caso concreto, o Ministro relata que o acusado estava em local conhecido como ponto de venda de drogas quando, ao avistar a guarnição policial realizando patrulhamento de rotina, empreendeu fuga para o interior da sua casa que, em seguida, fora invadida pelos agentes públicos, onde se encontrou e apreendeu 18 (dezoito) pedras de crack (2017, p. 27).

O intérprete argumenta que, diante da situação apresentada, observa-se apenas vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas praticado pelo réu, em razão do local em que se encontrava e de ter empreendido fuga ao avistar os policiais (2017, p. 28).

O Relator afirma ainda que, no caso:

Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Não há, da mesma forma, nenhuma menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de

drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, quando o réu avistou os policiais militares, correu para dentro de sua residência, onde foi abordado. Aliás, a própria concentração fático-temporal dos acontecimentos – tudo se passou muito próximo e muito rápido – torna inclusive duvidosa eventual caracterização de "fuga" (2017, p. 28).

Nesse sentido, o Ministro entendeu que não se configurou a existência de fundadas razões aptas a legitimar o ingresso forçado dos policiais no domicílio do acusado, de modo que a invasão domiciliar consistiu em prova ilícita, pois decorreu de violação à norma constitucional da inviolabilidade de domicílio. Em decorrência, a apreensão dos entorpecentes constitui prova ilícita por derivação, por guardar evidente nexos causal com a busca domiciliar permeada de ilicitude (2017, p. 28-29).

Em conclusão, o julgador afirma que o fato de o estado de flagrância dos crimes permanentes – como o tráfico de drogas – se prostrar no tempo “não significa concluir que a vaga suspeita de prática desse delito legitima a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio”. No seu entender, a fundada suspeita deve amparar-se em elementos objetivos, afastando-se por completo qualquer nuance subjetiva da análise do policial (2017, p. 29).

Ao examinar este julgado, percebe-se um alinhamento mais próximo com a decisão do Supremo, que determinou o fortalecimento do controle *a posteriori* das razões apresentadas por policiais para procederem uma invasão domiciliar. De fato, nota-se que o Min. Schietti proferiu um voto que realmente avaliou as circunstâncias do caso concreto e a justificativa dada pelos agentes públicos, interpretando a situação de acordo com os ensinamentos da Constituição Federal e da Corte Suprema.

Todavia, conforme se observou dos julgados anteriormente colacionados, esse estudo detido acerca dos elementos fáticos do caso levado ao Judiciário, infelizmente, não é a regra. Demais disso, como abordado em tópico anterior, a expressão “fundadas razões” abre ampla margem subjetiva para os intérpretes, que muitas vezes consideram como justa causa situações rechaçadas pelo entendimento do STF – como as delações anônimas, por exemplo.

Esse cenário ficará ainda mais explícito nos acórdãos que serão analisados a seguir, extraídos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em que se notará a elevada importância conferida pelos desembargadores à notícia apócrifa anônima.

5.2.2 Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Em acórdão proferido em 26 de fevereiro de 2020, a Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA) negou provimento ao recurso de apelação defensivo que pugnava, dentre outras questões, pela ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio, nos autos da Apelação Crime nº 0000231-49.2019.8.05.0033, em voto de relatoria da Juíza Nartir Dantas Weber.

No caso em apreço, policiais militares se deslocaram a uma determinada localidade na cidade de Jussari, Bahia, após delações anônimas que relatavam a prática de tráfico de drogas no interior da residência do acusado. Chegando ao local, os policiais encontraram o réu fora da casa na posse de entorpecentes, quando, em seguida, ingressaram no domicílio e acharam sacos para o acondicionamento das substâncias e munições de arma de fogo (2020, p. 4-5).

Ante o exposto, a Relatora manifestou entendimento no sentido de que:

Não houve violação de domicílio, na medida em que os agentes estavam em situação de flagrância de delito, legalmente prevista no artigo 302, incisos I e II, do CPP, guardando substâncias entorpecentes, no interior do imóvel alvo da ação policial, circunstância esta expressamente excepcionada pela norma constitucional do artigo 5.º, XI, que assegura a inviolabilidade do lar (2020, p. 5).

A Juíza, embora reconheça a existência de posicionamento diverso, defende a tese de que “a situação de flagrância de delito dispensa mandado de busca e apreensão para que a polícia possa ter ingresso em imóvel onde esteja ocorrendo delito, máxime quando tal exceção está expressamente consignada na Constituição Federal” (2020, p. 6).

Em situação parecida, a Desa. Nágila Maria Sales Brito proferiu voto nos autos da Apelação Crime nº 0502272-47.2018.8.05.0103, publicado na data de 16 de dezembro de 2019, também negando provimento ao recurso defensivo que requeria a absolvição do réu pela ilicitude das provas colhidas mediante violação domiciliar.

Consta dos autos que os policiais militares receberam informações anônimas acerca da prática de tráfico de drogas em determinada casa, momento em que os agentes se deslocaram ao local e perceberam a entrada de uma pessoa portando uma sacola. Em seguida, os policiais ingressaram no imóvel e apreenderam 504,27g de maconha (2019, p. 4).

A Relatora negou o pedido da defesa e considerou lícita a busca domiciliar sem mandado judicial e a conseqüente apreensão dos entorpecentes encontrados dentro da residência do acusado, invocando, para tanto, o caráter permanente do delito de tráfico de drogas:

A inexistência de mandado de busca e apreensão, no caso dos autos, em que se apura o cometimento do crime de tráfico de drogas, é insuficiente para macular a prova obtida por ocasião do ingresso dos policiais na residência do Apelado, uma vez que se estava diante de delito de natureza permanente, cujo flagrante se protraí no tempo, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal (2019, p. 8).

Ressalta-se que, no supracitado acórdão, não se fez qualquer menção à tese fixada pelo STF. Os desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do TJBA negaram, à unanimidade de votos, a apelação defensiva (2019, p. 2).

De igual forma, o voto emitido pela Des. Soraya Moradillo Pinto nos autos da Apelação Crime nº 0503428-08.2019.8.05.0274, publicado em 07 de maio de 2020, aborda a temática de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial prévio em caso de tráfico de drogas e não cita, em nenhum momento, a tese posta pelo Pretório Excelso.

Observando o acórdão, relatou-se que os policiais militares se deslocaram até a rua da residência do acusado após informações obtidas por denúncia anônima, quando o avistaram empreender fuga para dentro da sua casa. Em seguida, os agentes invadiram o local e encontraram substâncias entorpecentes (2020, p. 2).

No entendimento da Desembargadora, não há que se falar em ilegalidade das provas obtidas por meio do ingresso forçado na residência do apelante, visto que o tráfico de drogas possui caráter permanente e os policiais tinham fundadas suspeitas do cometimento do delito (2020, p. 4-5). Nesse sentido, a julgadora determinou:

Assim, verificando-se no caso vertente, que o ingresso dos policiais se deu em situação de flagrante delito, não se pode dizer que houve qualquer violação à garantia constitucional albergada no art. 5º, XI da Constituição Federal, de modo que rechaço o pleito de reconhecimento da ilegalidade das provas colhidas nos autos e por conseguinte o pleito absolutório do apelante decorrente de tal alegação (2020, p. 6).

Também sem fazer referência ao RE 603.616, o Des. Carlos Roberto Santos Araújo proferiu voto no bojo da Apelação Crime nº 0005964-41.2018.8.05.0191, em 04 de março de 2020, no qual afastou a preliminar de nulidade das provas em razão da invasão domiciliar sem justa causa, suscitada por um dos réus em recurso defensivo de apelação.

In casu, após notícia anônima relatando que o corréu estava comercializando drogas, uma guarnição policial se dirigiu até a sua casa e ingressou na residência, onde encontrou substâncias entorpecentes, arma de fogo e munições. Questionado sobre a identidade do fornecedor, o morador indicou o nome e o endereço do segundo denunciado e os agentes se deslocaram até o local. Chegando lá, encontraram drogas e arma de fogo (2020, p. 3).

Analisando o caso, o Desembargador decidiu que “a notícia anônima dada aos milicianos justificou o ingresso na casa de Edvaldo, assim como a informação dada por este de quem era seu fornecedor legitimou a entrada dos policiais na casa do acusado Judisson, não existindo, dessa forma, ilegalidade ou abuso de autoridade” (2020, p. 6).

No julgar do Relator:

Enquanto o agente possuir a droga e/ou arma de fogo, permanecerá em flagrante delito e, nessa condição, o ingresso na residência em que se encontre, com a apreensão dos objetos do crime, não ofende a inviolabilidade do domicílio, eis que caracterizada a hipótese excepcionada pela Constituição no inciso XI do artigo 5º, como já explicitado nas linhas supra (2020, p. 6).

Note-se que o Desembargador considerou a notícia apócrifa como justa causa apta a permitir a entrada forçada dos policiais na casa do primeiro acusado. É importante destacar que, nesse julgamento, não há qualquer alusão à fuga do indivíduo ou ao encontro de substâncias entorpecentes após busca pessoal, como ocorreu nos outros acórdãos, em que a delação anônima estava atrelada a alguma outra circunstância fática.

De maneira semelhante se deu o caso da Apelação Crime nº 0500515-81.2019.8.05.0103, de relatoria do Desembargador Mario Alberto Simões Hirs. No voto, publicado em 07 de novembro de 2019, o Relator julgou improvido o recurso defensivo que pedia a nulidade das provas produzidas por invasão domiciliar.

Analisando a decisão, o Desembargador relata que “o flagrante ocorreu em virtude de denúncia anônima, informando à polícia acerca da prática de tráfico de entorpecentes no local onde o recorrente foi preso em flagrante” (2019, p. 7). Aqui, da mesma maneira que ocorreu no julgado anteriormente citado, a notícia apócrifa foi isoladamente considerada justa causa para o ingresso dos agentes policiais no domicílio do acusado.

Neste ponto, torna-se relevante transcrever o exato posicionamento do Desembargador:

Com efeito, ainda que o inciso IV, do art. 5º da Carta Magna vede o anonimato, não há qualquer ilegalidade ou abuso em se realizar prisões e instaurar inquéritos, tendo por base informações obtidas por esta via, pois não se admite que o sentido dos comandos constitucionais seja distorcido, a ponto de impedir ou inviabilizar investigação de infrações graves, como o tráfico de drogas. Nenhum princípio ou norma constitucional é absoluto, por maior importância que se lhes atribua. Nunca é demais lembrar que os crimes de tráfico de entorpecentes são cometidos na clandestinidade e que, não raro, traficantes ameaçam testemunhas. Por isso é muito comum que esses processos se iniciem através de denúncias anônimas.

Na mesma direção, a Desa. Aracy Lima Borges decidiu, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0505230-73.2018.8.05.0113, na data de 02 de outubro de 2019, que a delação

anônima configura fundada suspeita apta a legitimizar a entrada forçada dos policiais no domicílio do delatado.

Analisando a ocorrência, constata-se dos autos que os policiais militares realizavam ronda de rotina na localidade, quando receberam a notícia anônima de que “os denunciados haviam invadido uma residência com o objetivo de traficar drogas. Ao chegarem ao local informado, os policiais perceberam inconsistência nas declarações dos acusados, momento em que revistaram o imóvel e lá encontraram substâncias ilícitas” (2019, p. 6). Para a Relatora:

Não se vislumbra a ilicitude do meio pelo qual a prova foi obtida, já que, os acusados, supostamente, estavam em estado de flagrância, praticando o crime permanente de tráfico de drogas. Inegável que diante das circunstâncias, havia fundadas suspeitas da prática de crime no interior da residência, justificando, assim, a entrada dos policiais sem mandado (2019, p. 7).

Seguindo a mesma tendência, o Des. José Alfredo Cerqueira da Silva elaborou voto em 19 de setembro de 2019 no bojo da Apelação Crime nº 0013148-68.2008.8.05.0039, conferindo licitude às provas obtidas mediante invasão domiciliar motivada exclusivamente por denúncia anônima. No seu entender,

Não há que se falar em afronta a inviolabilidade do domicílio na prisão em flagrante, conforme almeja a defesa. Isto porque o tráfico de drogas possui natureza de crime permanente, sendo autorizado pelo art. 5º, inciso XI, a realização da prisão em flagrante durante o dia ou noite, independente da expedição de mandado judicial (2019, p. 4).

Como se pode observar, as decisões selecionadas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia são todas recentíssimas, demonstrando que, embora o posicionamento do STF tenha sido publicado no primeiro semestre de 2016, muitos julgadores nem sequer mencionam a tese ou, quando mencionam, não realizam o controle *a posteriori* pretendido pela Corte Suprema. Em verdade, esses julgados não demonstram coesão com o posicionamento jurisprudencial sedimentado pelo Pretório Excelso.

Torna-se imprescindível salientar que todos os acórdãos escolhidos conferem demasiada importância à *notitia criminis* inqualificada, entendendo-a como aspecto relevante para proporcionar fundada suspeita nos policiais e, em diversas ocasiões, como legitimadora exclusiva da entrada forçada no domicílio do indivíduo.

5.3 TRÁFICO DE DROGAS E A DELAÇÃO ANÔNIMA COMO (IN)FUNDADA RAZÃO PARA A INVASÃO DOMICILIAR POR AGENTES POLICIAIS

Alcança-se, enfim, o cerne do problema que orientou o desenvolvimento desta monografia. Como visto nos capítulos anteriores, a delação anônima não possui valor probatório para o processo penal, mas provoca na autoridade pública a obrigação de se verificar a procedência das informações anonimamente relatadas.

De igual forma, constatou-se que, de acordo com a doutrina e julgados do Supremo Tribunal Federal, a manifestação anônima não se presta para desencadear, por si só, inquéritos policiais e muito menos ações penais. O que se espera do agente público receptor da informação é o desempenho de atos investigativos para propiciar a instauração válida da persecução penal.

No entanto, quais são os atos investigativos que podem ser perpetrados pela polícia a partir da notícia apócrifa é uma questão que, de fato, ainda se demonstra controversa. Em tópico anterior, por meio da análise de julgados recentíssimos, observou-se a importância conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia à delação anônima como justificativa para a execução de atos invasivos.

Essa importância ofertada à notícia anônima é perceptível, principalmente, nos casos de tráfico de drogas, tendo em vista que a política proibicionista adotada pelo Brasil legítima e encoraja certos posicionamentos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Luís Carlos Valois (2017, p. 419) afirma que o Judiciário tem atuado como um verdadeiro aliado da guerra às drogas, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações fáticas. O órgão, que deveria funcionar como um garantidor de direitos dos cidadãos e um alento diante da incoerência demonstrada pelo Poder Legislativo, acaba praticando diversos atos a favor da política de drogas adotada pelo país.

A relevância de se estudar o impacto da delação anônima focado no crime de tráfico de entorpecentes se dá, também, por conta da fragilidade que a defesa desse acusado enfrenta em matéria probatória no processo penal. Valois (2014, p. 107) argumenta que a guerra às drogas e a discricionariedade conferida pelo legislador ao combate dos crimes a ela relacionados têm prejudicado a racionalidade do processo penal, em especial quanto à questão probatória e ao contraditório, que são matérias basilares de um processo desenvolvido em um Estado Democrático de Direito.

Demais disso, como bem pontuado por Daniel Nicory do Prado (2013, p. 116), a realidade brasileira é a violação de domicílio ocorrer em demasia nos bairros pobres, onde os indivíduos estão sujeitos, constantemente, ao ingresso de policiais sem mandado em suas casas, com fundamento em notícias anônimas que, mesmo se constatadas falsas, não resultam em nenhuma consequência ao agente estatal. Nos bairros ricos e de classe média, a cautela adotada pelos policiais é outra, justamente por temerem a devida responsabilização pela prática arbitrária.

No mesmo viés, Valois pondera que o resultado dessa liberalidade criada pela jurisprudência é a entrada forçada de policiais nas casas das periferias pobres do Brasil, com base em pouca ou nenhuma suspeita, para buscar por drogas, “sendo impossível precisar quantos domicílios foram invadidos e neles não foi encontrada nenhuma substância entorpecente” (2017, p. 474).

O autor segue defendendo que não há qualquer razoabilidade em se acreditar que em todo domicílio invadido por suspeita de tráfico realmente tenha se apreendido alguma substância ilícita. É preciso reconhecer que “inúmeros lares brasileiros são invadidos ilegalmente, principalmente sabendo que essas invasões são precedidas de pouca ou nenhuma investigação, às vezes resultado de simples notícia anônima feita à delegacia” (2017, p. 474).

De mais a mais, a autorização para a invasão de domicílios respaldada, principalmente, pela política criminal de guerra às drogas, é perversa, pois, normalmente, a pessoa que tem sua casa invadida em nome do combate a tais substâncias nem sequer possui a consciência de que está tendo o seu direito violado e toma aquela medida invasiva como natural. A pessoa pobre deixa de compreender a desconsideração política de seu domicílio e aceita a invasão como, apenas, terror policial seletivo (VALOIS, 2017, p. 480).

Nessa perspectiva, Arion Godoy e Domingos da Costa (2013, p. 13) aduzem que “não são poucos e irrelevantes os riscos que envolvem a chancela judicial irrestrita e acrítica às buscas domiciliares realizadas pela polícia independentemente de mandado judicial – o que chama a atenção especialmente nas suspeitas de tráfico de drogas”. Os autores concluem afirmando que “essa convivência judicial põe em risco o próprio Estado de Direito” (2013, p. 13).

Salienta-se que o equívoco do policial na suposição da existência do flagrante pode estimular a dissimulação por parte da polícia, prejudicando o resultado útil do processo e condenando um inocente. Essas situações são, em regra, menosprezadas pelo mundo jurídico. Entretanto, é perfeitamente plausível que o imaginário do policial a respeito da droga na casa de uma pessoa possa estar equivocado (VALOIS, 2017, p. 474).

Nesse ponto, Maria Gorete de Jesus esclarece que a verdade policial descrita nos autos passa por um processo de seleção daquilo que se mostra adequado para se tornar oficial. Assim, é importante compreender que nem tudo que acontece na prisão em flagrante será relatado pelos agentes. “Violência, discriminação, preconceito, segregação social, ilegalidades, qualquer desses vocabulários vai ser mantido fora desses registros” (JESUS, 2016, p. 241).

Essas questões seguem para a fase processual sem grandes problematizações, até porque a narrativa policial não é questionada pelo delegado de polícia. Desse modo, durante a instrução processual, os operadores do direito, sobretudo juízes e promotores, acolhem os testemunhos de policiais como legítimos (JESUS, 2016, p. 241).

A autora explica que a veracidade conferida à narrativa policial tem como base um repertório de crenças: crença na concepção do policial como representante de uma instituição estatal; crença em um saber policial legítimo e habilidoso; crença na conduta do policial de que vai atuar em prol da sociedade, mesmo que, para isso, se utilize de vias abusivas e ilegais; crença de que a justiça criminal e os seus operadores devem assumir o papel de defesa da segurança pública, acreditando que a prisão é um meio para viabilizar esse objetivo (JESUS, 2016, p. 242).

Esse é um aspecto relevante de se abordar porque a invasão domiciliar sem justa causa pode ser enquadrada como abuso de autoridade e até mesmo como crime de violação de domicílio. Sabendo que é uma postura ilegal, o relato dessa entrada forçada é, muitas vezes, alterado ou suprimido da narrativa policial.

Demais disso, o argumento da denúncia anônima pode ser utilizado pelos agentes policiais como um artifício retórico para conferir justa causa à entrada forçada, o que, como comprovado em tópico anterior por meio da análise de alguns julgados, tem sido amplamente aceito pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Nesse contexto, Gorete de Jesus critica a postura omissa dos juízes ao não questionarem a inexistência de registro das delações anônimas que motivam os flagrantes. Para a autora, essa ausência de controle das ações policiais permite a existência de investigações ilegais, argumentando que “a prisão em flagrante, motivada por denúncia anônima, parece dispensar a submissão dos policiais ao Poder Judiciário, pois, torna desnecessário o pedido de mandados de busca e apreensão, ou interceptação telefônica, ou qualquer outro dispositivo que dependa de autorização judicial” (JESUS, 2016, p. 245).

É interessante entender que a crença na narrativa policial serve de sustentáculo para que o juiz possa exercer os seus poderes de prender, quando da análise do flagrante, e de punir, no

momento de prolação da sentença penal. Surge, então, um campo de imunidade nessa narrativa policial, em que elementos do flagrante, que demandam maiores cuidados e averiguações, seguem no processo sem a mínima problematização (JESUS, 2016, p. 243).

Ressalta-se que essa necessidade exacerbada de se proteger a sociedade contra o tráfico de drogas, criada pela política proibicionista, torna a narrativa policial de um suposto flagrante desse crime ainda menos questionada e ainda mais privilegiada. Nesse viés, Maria Gorete de Jesus explica:

A forma como as informações foram produzidas, adquiridas ou inseridas não é questionada. Práticas de violência, tortura ou ameaça para conseguir informações não são averiguadas. Como não consideram verdadeiras as narrativas de pessoas presas, sobretudo aquelas acusadas por tráfico de drogas, expressões como “violência policial”, “extorsão”, “flagrante forjado” não aparecem nas deliberações de promotores e juízes (JESUS, 2016, p. 243).

Em suma, é necessário compreender que o que se espera do Poder Judiciário é a própria colocação como último escape para a efetivação da justiça, mesmo que em meio à guerra declarada, não podendo servir como legitimador de atos ilegais perpetrados pela polícia ostensiva, no clima hostil e violento da justiça das ruas (VALOIS, 2014, p. 129).

Devidamente pontuada a relevância de se estudar o tema proposto, passa-se a analisar, a partir de posições doutrinárias e jurisprudenciais, a possibilidade de a notícia anônima autorizar, de maneira isolada, o ingresso forçado de policiais em domicílio onde supostamente ocorre prática de tráfico de drogas.

Já se demonstrou neste escrito que as medidas violadoras de direitos fundamentais, como a intimidade do cidadão e a correlata inviolabilidade do seu domicílio, devem estar previamente calcadas na existência de uma justa causa suficiente, razoável e legítima. Em outras palavras, “as intervenções na esfera privada somente se justificam se houver uma relevância coletiva e, no caso de investigações criminais, os fundamentos precisam ser firmes” (MORAIS DA ROSA, 2010, p. 2).

Conforme previamente abordado, o Supremo Tribunal Federal fixou, no RE 603.616, tese em sede de repercussão geral que determinou a necessidade de existirem fundadas razões para que se legitime a busca domiciliar sem prévio mandado judicial, apreciando um caso concreto de condenação por tráfico de drogas.

No entanto, como também já visto, essa decisão do Supremo ensejou críticas doutrinárias, tendo em vista a dubiedade que permeia a expressão “fundadas razões”, o que possibilita um campo

vasto para a discricionariedade dos juízes de instâncias inferiores e, em especial, para as arbitrariedades policiais.

Uma das razões mais invocadas por policiais ao invadirem um domicílio em que se suspeita estar ocorrendo tráfico de drogas é a delação anônima. Notou-se, nos diversos julgados aqui colacionados, que a narrativa dos policiais é praticamente idêntica ao relatar que, por meio de informações anônimas de inteligência policial, chegou-se ao endereço em que se estaria praticando comercialização de drogas.

Em pesquisa conduzida por Luís Carlos Valois (2017, p. 475), já previamente citada, constatou-se que, dos 250 autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas analisados, se observou busca domiciliar sem mandado judicial em 69 ocorrências. Dessas, 46% se deram sob a alegação de denúncia anônima.

Na lição de Rodrigo Iennaco (2006, p. 240), a delação anônima instaura uma tensão dialética entre valores constitucionalmente protegidos. De um lado, veda-se o anonimato ao proteger a manifestação de pensamento; do outro, há o interesse coletivo e o dever das autoridades estatais no sentido de apurar práticas criminosas e punir os seus autores.

Necessário, portanto, utilizar-se do método de ponderação proporcional de bens, em atenção a cada caso concreto e suas particularidades, a fim de superar o conflito entre direitos essenciais sem esvaziar o conteúdo de nenhum deles. Deve-se buscar harmonização entre os direitos, de forma a evitar o sacrifício de um em detrimento do outro (IENNACO, 2006, p. 240).

Dessa maneira, Iennaco expõe que “a limitação a direito individual do delatado só tem razão de ser se a delação materializar valores igualmente relevantes do sistema constitucional” (2006, p. 247). Isto é, a violação a qualquer direito fundamental do suposto autor delatado pela *delatio criminis* deve estar fundada na proteção de outros valores igualmente protegidos pela Constituição Federal.

É fato que, ao receber uma delação anônima, a autoridade pública tem o dever de verificar a sua procedência, ou seja, a verossimilhança das informações prestadas. Todavia, isso deve ser feito “mediante a utilização de recursos ordinários de investigação que não violem frontalmente as liberdades públicas instituídas constitucionalmente” (IENNACO, 2006, p. 247).

Assim, tem-se que a delação anônima não pode fundamentar, isoladamente, a adoção de medida que restrinja direito constitucionalmente assegurado, como a violação de domicílio, tendo em

vista que a notícia anônima de crime viola o artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988 – a vedação ao anonimato (IENNACO, 2006, p. 247).

No mesmo entender, Alexandre Morais da Rosa (2010, p. 2) argumenta que “para se investigar alguém, numa democracia, não se pode iniciar com o "denuncismo anônimo" contemporâneo em que a polícia recebe a denúncia anônima e se dá por satisfeita”. Firme no entendimento, o doutrinador entende que a notícia anônima não pode ser tida como verdade e não justifica qualquer medida direta pela polícia que não uma investigação preparatória, para que, se for o caso, requerer-se determinação judicial para a busca domiciliar.

Nesta sequência, o autor explica que, nos casos de flagrante, a violação domiciliar deve estar justificada previamente, ou seja, o flagrante deve estar posto, e não pressuposto. Nas suspeitas de tráfico, o policial não pode achar que há droga dentro da casa e, com base nisso, invadir o domicílio – a droga deve ser vista anteriormente (MORAIS DA ROSA, 2010, p. 2):

Com efeito, não basta que o agente estatal afirme que recebeu uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa do acusado, bem como que "acharam" que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente "parecia" que havia droga. É preciso que haja evidências *ex ante*. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional por violação do domicílio do acusado (MORAIS DA ROSA, 2010, p. 2-3).

Realizando um comparativo com a medida de interceptação telefônica, Daniel Nicory afirma que “se a violação do sigilo telefônico é inválida quando fundamentada exclusivamente em *notitia criminis* apócrifa, o mesmo se dá com a prisão em flagrante resultante da violação do domicílio do agente, ainda que, durante a diligência, se encontre droga no local” (2013, p. 118).

Para o doutrinador, em ambos os casos, efetua-se uma ponderação concreta em que os direitos fundamentais protegidos se sobrepõem ao interesse da persecução penal, que só será válida após a realização de investigações prévias que confirmem o teor das informações contidas na delação anônima (PRADO, 2013, p. 118).

Rodrigo Iennaco vai além e defende que, até mesmo para que a autoridade policial solicite o mandado de busca e apreensão domiciliar, é preciso que sejam realizadas diligências no intuito de reunir e documentar indícios que confirmem, ainda que precariamente, a notícia. Em suas palavras, “se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação, o Juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição de mandado desautorizada pela ausência de justa causa” (2006, p. 253-254).

Noutros termos, o supracitado autor defende que a delação anônima, de forma isolada, nem sequer serve para basear o pedido judicial de mandado de busca e apreensão domiciliar, porque não se configura justa causa para tanto. Assim, é decorrência lógica que a mesma notícia precária não serve como fundada razão para que um policial, a qualquer hora do dia e sem prévia autorização judicial, adentre a casa de um indivíduo alvo de manifestação anônima, pois esta consiste em elemento meramente informativo, completamente desprovido de valor probatório.

Sendo assim, a partir de uma delação anônima, o órgão investigativo não poderá adotar quaisquer medidas que afrontem as garantias constitucionais de inviolabilidade, “mas poderá efetuar levantamentos de campo, infiltrar agentes, realizar campanhas e buscas pessoais, entrevistar pessoas”, de modo a reunir “elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes” (IENNAO, 2006, p. 253).

Nessa lógica se deu a decisão do Ministro do STJ, Reynaldo Soares da Fonseca, nos autos do *HC* nº 451.528, originário de Santa Catarina, proferida em 07 de agosto de 2018. No remédio constitucional, houve pedido de declaração de ilicitude das provas obtidas por invasão domiciliar em caso de tráfico de drogas. O impetrante alegou a ausência de justa causa para a medida invasiva, pois lastreada isoladamente em delação não documentada (2018, p. 4).

No entanto, o Relator denegou o pedido supracitado, reconhecendo que, no caso em concreto, os policiais realizaram procedimentos de investigação preliminar para obtenção de fundada suspeita apta a justificar a invasão domiciliar. Nesses termos, explicou o Ministro que:

No caso em testilha, não visualizo ilicitude de provas, porque tanto no relatório policial como nas informações judiciais constantes dos autos, verifico que antes da entrada dos agentes na residência, ao receberem informação do setor de inteligência, mormente porque a casa de um dos pacientes já era conhecida como ponto de droga, fizeram campana (investigação preliminar) durante algum tempo, observando movimentação estranha e apreendendo drogas durante buscas pessoais; somente depois fizeram buscas na residência, onde encontraram mais entorpecente (2018, p. 7).

É determinante observar que, de acordo com essa interpretação, preserva-se o conteúdo garantista do direito à intimidade, à privacidade e à proteção ao domicílio, sem que haja prejuízo ao interesse público na investigação da materialidade e autoria de práticas criminosas, porquanto a polícia poderá proceder atos investigativos preliminares a fim de elucidar a informação prestada mediante manifestação anônima.

Portanto, conclui-se que a prova obtida por meio da violação domiciliar exclusivamente lastreada em delação anônima será tida como ilícita, não porque a *notitia criminis* anônima é ilícita em si (até porque, como visto anteriormente, nem prova é), mas sim porque não pode ser considerada fundada razão apta a desrespeitar um interesse constitucionalmente tutelado, qual seja, a inviolabilidade da casa. Por isso, a prova ilícita será a invasão domiciliar carente de fundada razão, que contaminará todas as provas derivadas da busca, como, por exemplo, a apreensão de substâncias entorpecentes.

Não é outra a compreensão de Alexandre Morais da Rosa, que expõe:

Diante das condições em que a materialidade continua sendo apreendida neste país, em franca violação dos direitos fundamentais, a prova deve ser declarada ilícita, especialmente nos casos de ilegal *denúncia anônima*, bem assim quando a atuação dos agentes do Estado acontece sem mandado judicial, salvo no caso de flagrante posto, implicando, pois, na ilegalidade da apreensão e, por via de consequência, da ausência de materialidade na maioria dos casos em que se tiver coragem (2014, p. 3).

No mesmo sentido, aborda-se o recentíssimo voto do Ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *HC* nº 512.418 – RJ, proferido em 26 de novembro de 2019, em que a Sexta Turma concedeu, à unanimidade, o *habeas corpus* ao paciente para determinar ilícitas as provas obtidas por meio de busca domiciliar sem mandado, motivada por delação anônima (2019, p. 1).

No caso em comento, relata-se que a polícia recebeu notícia apócrifa informando a prática de tráfico no endereço do paciente. Em sequência, os policiais se dirigiram ao local e, quando o réu abriu a porta, os agentes invadiram o domicílio e encontraram substâncias entorpecentes e uma arma de fogo (2019, p. 5). Ante o exposto, o Min. Relator julgou que:

Como se vê, além daquilo que foi relatado na denúncia apócrifa, não foram apontados outros elementos concretos que sugeriram a ocorrência de flagrante delito, devendo ser acolhida, portanto, a tese de ilicitude da prova assim obtida, diante da ausência de justa causa a autorizar o ingresso dos policiais no domicílio do paciente. Nota-se, assim, que a denúncia anônima está desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, ou seja, não há registro de que houve uma diligência prévia (2019, p. 6).

Mencionando o RE 603.616, o Relator reconhece que não se requisita a certeza da ocorrência da prática delitiva no interior da residência suspeita, desde que se demonstre justa causa na adoção da medida (invasão domiciliar), ante a existência de circunstâncias concretas que apontem para o caso de flagrante delito (2019, p. 8).

Contudo, o Ministro esclarece que, na esteira de precedentes da Corte Superior, “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime,

não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado. Ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida” (2019, p. 8).

Um dos precedentes transcritos pelo Min. Nefi Cordeiro fora o *HC* nº 442.363 – RJ, de relatoria do Min. Reynaldo da Fonseca que, em voto emitido na data de 02 de agosto de 2018, concedeu de ofício a ordem do *habeas corpus* para declarar a ilicitude das provas obtidas pela atuação dos policiais com base em denúncia anônima, aplicando a teoria dos frutos da árvore envenenada e absolvendo o paciente dos crimes de tráfico de drogas, porte ilegal de arma e associação para o tráfico (2018, p. 1).

O Ministro explica, em seu voto, que “nas hipóteses de prisão em flagrante, o controle feito *a posteriori* pressupõe a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa, ou seja, que existiam elementos a caracterizar a suspeita de situação apta a autorizar o ingresso em domicílio” (2018, p. 10).

Em sequência, o Relator afirma que a legitimidade do ingresso em domicílio alheio depende da existência de fundadas razões que sinalizem a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. Em outras palavras, “somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio” (2018, p. 15).

Segundo se observa dos depoimentos dos policiais, a entrada no domicílio do acusado se deu apenas em função da existência de delação anônima, sem que se tenha realizado qualquer investigação preliminar, configurando-se, assim, violação ao direito à inviolabilidade domiciliar (2018, p. 15).

A partir disso, o julgador estabeleceu que “no caso presente, uma vez eivada de ilicitude a entrada em domicílio, por agente público, tendo em vista a ausência de justa causa, as provas obtidas dessa ação constituem também em ilícitas”, determinando que todas as provas derivadas da invasão fossem desconsideradas, por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (2018, p. 19).

Desse modo, ante o detido exame argumentativo que se procedeu neste tópico (e durante toda a monografia), restou claro que a delação anônima não consiste em fundada razão para se proceder a invasão domiciliar nas suspeitas de tráfico de drogas, tendo em vista que aquela possui caráter meramente informativo, consistindo num documento sem qualquer força probante e que encontra embaraço na vedação constitucional ao anonimato, não sendo capaz de respaldar qualquer medida ofensiva a direitos constitucionalmente garantidos.

6 CONCLUSÃO

No início desta pesquisa, estabeleceu-se desde logo a premissa de que o Brasil, assim como diversos outros países do mundo, adotou o proibicionismo como política norteadora no tratamento das substâncias entorpecentes. Essa política repressiva e controladora se expressa de maneira mais contundente no sistema criminal, criando tipos penais com redações criticáveis e lhes impondo penas cada vez mais severas.

A esse respeito, abordou-se as críticas doutrinárias feitas à redação do tipo penal do tráfico de drogas (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006), que afronta gravemente o princípio da legalidade, em virtude da ausência de objetividade e clareza no texto, por possuir expressões demasiadamente subjetivas. Há, também, uma notória ampliação dos verbos incriminadores e uma relativização na comprovação do dolo, o que contribui para que o tráfico seja um crime de fácil condenação.

Além disso, se demonstrou que a pena imposta ao tipo penal de tráfico é completamente desarrazoada e desproporcional, se comparada a de crimes mais graves, como o homicídio. Da mesma forma, a utilização dos mesmos verbos nucleares no artigo 33 (tráfico de drogas) e no artigo 28 (porte para consumo pessoal) enseja uma tendência à inversão do ônus da prova, quando recai sobre o acusado o ônus de comprovar a finalidade de uso pessoal do entorpecente. Verificou-se, assim, que essa questão viola frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Constatou-se, também, que um dos principais impactos visto nesses sessenta anos de política proibicionista foi o aumento desenfreado da violência urbana e da população carcerária, tendo o tráfico de drogas como agente central desses acontecimentos. A letalidade que marca a atuação dos policiais brasileiros (tanto como autores, quanto como vítimas) também foi um dado considerado como efeito dessa política bélica.

Demais disso, se observou, por meio de pesquisas empíricas, que os policiais que realizam os flagrantes dos delitos previstos na Lei de Drogas normalmente são as únicas testemunhas no processo de conhecimento, o que demonstra a relevância da palavra policial nesses casos. Outrossim, se ressaltou que esses agentes públicos são autorizados e estimulados a ocuparem um lugar de destaque na guerra às drogas, o que incentiva o cometimento de arbitrariedades.

Em sequência, este estudo analisou a temática da delação anônima como uma *notitia criminis* inqualificada, cuja natureza jurídica pode ser definida como a liberdade que o cidadão tem de provocar a autoridade pública, uma expressão do direito à manifestação de pensamento.

Percebeu-se que há certo incentivo no cenário legislativo brasileiro ao denunciamento anônimo, bem como por meio da existência de diversas campanhas divulgando os programas de “disque-denúncia”, muito embora o Código Penal preveja aumento de pena no crime de denúncia caluniosa para aquele que se vale do anonimato.

Comprovou-se, a partir do recorte de pesquisa do presente estudo, que a delação apócrifa é responsável por grande parte dos flagrantes nos casos de tráfico de entorpecentes, levando em conta que esse crime é altamente repellido pelas autoridades investigativas de países que adotaram a política proibicionista, como ocorre no Brasil.

Além disso, depreendeu-se no decorrer deste trabalho que a delação anônima é limitada pela vedação constitucional ao anonimato, que serve para harmonizar a manifestação de pensamento com outros direitos da personalidade. Assim, entendeu-se que o seu alcance deve ser ponderado nas situações concretas para evitar afrontas a garantias constitucionais.

Concluiu-se ainda que a busca domiciliar é uma medida que encontra embaraço na garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio e que, nos termos do Código de Processo Penal Brasileiro, deve ser pautada em fundadas razões, sendo incompatível com o Estado de Direito os mandados judiciais genéricos e infundados que autorizem a reportada medida instrumental.

Examinou-se com afinco a garantia da inviolabilidade de domicílio e as suas exceções constitucionais, dentre elas o flagrante delito. Após conceituação do flagrante e suas espécies, o estudo passou a se dar acerca da busca domiciliar em casos de flagrante delito, com foco nos crimes permanentes, como o tráfico de entorpecentes, posto que, nesses casos, o flagrante se protraí no tempo, enquanto durar o cometimento do crime.

Neste ponto, ponderou-se que os limites das garantias constitucionais também têm limites, sob pena de se esvaziar o conteúdo do direito fundamental. Deste modo, comprovou-se, por meio de argumentos doutrinários, que a busca domiciliar nos casos de flagrante delito somente será respaldada se amparada em justa causa, isto é, o flagrante deve ser perceptível antes da invasão domiciliar: a constatação de crime no interior do domicílio, sem prévia visualização, é mero acaso e não torna válida a ação policial.

A partir dessa conclusão, ingressou-se no aprofundamento do tema das provas ilícitas, já que a invasão policial em domicílios alheios sem justa causa é considerada prova ilegal. Demonstrou-se que, no Brasil, há proibição constitucional expressa quanto à utilização de provas ilícitas no processo e que essa vedação é repetida no Código de Processo Penal.

Analisou-se também que existem correntes doutrinárias diversas acerca do tema de admissibilidade das provas ilícitas, ponto em que se optou por examinar, apenas, as teorias da inadmissibilidade absoluta e da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade. Nesta, os doutrinadores defendem a possibilidade de se admitir a utilização de provas ilegais no processo penal a depender do caso concreto, como, por exemplo, nas situações que beneficiem o réu; naquela, os teóricos defendem uma leitura literal do preceito constitucional e não admitem, em nenhuma hipótese, a utilização de provas ilícitas no processo.

Em seguida, fora demonstrado que o ordenamento jurídico penal brasileiro admite a teoria dos frutos da árvore envenenada, de origem estadunidense, que determina que as provas derivadas de uma prova ilícita são contaminadas por essa ilicitude, devendo todas serem desentranhadas do processo, isto é: se uma prova é obtida por meio de violação a direito material ou constitucional, torna-se ilícita e todas as demais provas que guardem nexos causal com ela serão provas ilícitas por derivação.

O presente trabalho também enfrentou o questionamento acerca do valor probatório da delação anônima e dos seus atos decorrentes, quando se atestou que a notícia apócrifa não pode ser objeto de qualquer valoração jurídica probatória, visto que a Constituição veda o anonimato. Logo, destacou-se que a delação anônima traduz, apenas, o dever de diligenciar para a autoridade pública à qual fora direcionada.

De outro lado, concluiu-se que, não podendo ser considerada um meio de prova, a denúncia anônima não se submete ao rito das provas ilícitas. Isto é, não se deve invalidar todo um processo porque existiu delação anônima em sua origem, desde que ela seja substituída por elementos autônomos de convicção, angariados por meio da investigação preliminar realizada pela polícia.

Solidificou-se, então, o entendimento de que a delação anônima impõe o dever de diligenciar para a autoridade, mas esses atos investigativos prévios devem se dar com cautela, dada a informalidade e a precariedade que caracterizam tal elemento informativo. A autoridade deve se atentar às medidas investigativas que violam, por sua natureza, direitos individuais previstos na Carta Magna, como a intimidade, a privacidade e a liberdade.

O domicílio é considerado como uma expressão do direito à intimidade e, como amplamente abordado nessa monografia, recebe proteção constitucional e penal. Em vista disso, a violação ao domicílio deve estar amparada em justa causa, ou seja, em fundadas razões suficientemente

robustas para que se proceda a ruptura de uma garantia constitucional. Embora criticado, o entendimento do STF no RE 603.616 se dá justamente nesse sentido.

Questionou-se, ao fim da monografia, quais atos podem ser perpetrados pela polícia a partir de uma denúncia anônima informando que há prática de tráfico numa determinada residência, já que a instituição policial possui o dever de investigar e coibir práticas criminosas, preservando o interesse coletivo da segurança pública. Por outro viés, se asseverou que a delação anônima esbarra na vedação ao anonimato e constitui elemento informativo precário e informal.

Conforme posto, uma vez que os direitos constitucionalmente tutelados devem ser sopesados por meio do método da proporcionalidade, não se pode sobrepor, em absoluto, o interesse da persecução penal sobre as garantias individuais dos cidadãos. A relativização desses direitos precisa se dar sob elementos precisos, fundamentados, idôneos e hígidos.

Tampouco se pode argumentar que o caráter permanente do tipo penal de tráfico significa conferir liberdade ampla e irrestrita aos agentes estatais para procederem medidas invasivas e prisões em flagrante ilegais. Como amplamente debatido, a existência de justa causa é elemento imprescindível para se legitimar a atuação policial na violação de direitos do cidadão.

Portanto, defende-se, por meio de uma interpretação à luz da proporcionalidade, que a delação anônima que informa a prática de tráfico de drogas em um determinado domicílio deve, sim, provocar uma atuação investigativa da polícia, por meio da realização de investigações preliminares com cautela e discricção, como a execução de campanhas, buscas pessoais, entrevistas de pessoas. Essa solução permite preservar a garantia da inviolabilidade de domicílio e o dever de investigação policial em nome da segurança pública.

Todavia, a notícia apócrifa, por si só, não possui o condão de justificar medidas violadoras de direitos fundamentais, como a violação de domicílio, uma vez que consiste em elemento meramente informativo, desprovido de qualquer valor probatório e de qualquer formalidade, não podendo ser considerada fundada razão para a invasão domiciliar, nem mesmo em situações de flagrante delito de crimes permanentes.

A importância em demasia conferida a essa notícia crime inqualificada, especialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos casos de tráfico de drogas, pode ser lida como uma expressão notória do proibicionismo que norteia o tratamento das substâncias ilícitas no Brasil, ideal político que tem influenciado fortemente o Poder Judiciário.

No entanto, é necessário reafirmar que, num Estado Democrático de Direito, a adoção de uma determinada política pública não pode se sobrepor à função da justiça de proteger os cidadãos contra os arbítrios estatais, em especial quando essas garantias estão expressamente tuteladas pela Constituição e quando os indivíduos atingidos se encontram numa esfera de vulnerabilidade. Dessa maneira, reputa-se essencial avaliar o impacto do proibicionismo no sistema criminal, tendo em vista que o Judiciário não pode continuar validando atos ilegais cometidos pela polícia.

Por fim, arremata-se que, não se podendo considerar a delação anônima como justa causa, dada a sua precariedade, ausência de força probatória e limitação constitucional pela vedação ao anonimato, a invasão domiciliar perpetrada isoladamente sob a sua justificativa é ilícita, tornando todos os elementos probatórios decorrentes também ilegais, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada.

REFERÊNCIAS

- 181 DISQUE DENÚNCIA. **Minas pela Paz**, 2018. Disponível em: <http://www.minaspelapaz.org.br/programas/outras-iniciativas/disque-denuncia/>. Acesso: 11maio2020.
- ARAÚJO, Jacques Nogueira *et al.* A busca domiciliar em decorrência da prisão em flagrante. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 18, jan-jun 2018, p. 351-370. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3773>. Acesso: 16maio2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A boca do leão: validade das interceptações telefônicas decretadas com base em *notitia criminis* anônima. **Revista dos Tribunais**, ano 102, v. 927, jan. 2013, p. 528-553.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0500477-51.2018.8.05.0088. Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal. Relatora: Ivete Caldas Silva Freitas Muniz. Julgado em 13fev.2020. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/db6e4d94-aa7c-3745-9468-a0d1bc99c3a3>. Acesso: 18maio2020.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0000231-49.2019.8.05.0033. Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal. Relatora: Nartir Dantas Weber. Julgado em 26fev.2020. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/7c50b5bf-d752-3f79-a9ff-489d1271e84c>. Acesso: 28maio2020.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0502272-47.2018.8.05.0103. Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal. Relatora: Nágila Maria Sales Brito. Julgado em 16dez.2019. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/47cae301-1403-33aa-9ec6-47f1362dc1d3>. Acesso: 28maio2020.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0503428-08.2019.8.05.0274. Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal. Relatora: Soraya Moradillo Pinto. Julgado em 07maio2020. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/c8cf4539-8748-3bc1-bb8c-1a4175098dec>. Acesso: 28maio2020.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0523222-92.2018.8.05.0001. Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal. Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto. Julgado em 30jul.2019. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/6b808b18-eaae-30fa-953f-4ac003a0f291>. Acesso: 18maio2020.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0005964-41.2018.8.05.0191. Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal. Relator: Carlos Roberto Santos Araújo. Julgado em 04mar.2020. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/5cb8d1c0-84f0-31ea-9b4c-749f56bd732e>. Acesso: 28maio2020.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0500515-81.2019.8.05.0103. Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal. Relator: Mário Alberto

Simões Hirs. Julgado em 07nov.2019. Disponível em:
<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/7757c7ca-eee8-335d-874a-28b5023d44a5>.
Acesso: 28maio2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Crime nº 0013148-68.2008.8.05.0039. Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal. Relator: José Alfredo Cerqueira da Silva. Julgado em 19set.2019. Disponível em:
<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/cb7bc73d-25d2-3afb-b3bb-dc3c81576cf6>.
Acesso: 29maio2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Recurso em Sentido Estrito nº 0505230-73.2018.8.05.0113. Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal. Relatora: Aracy Lima Borges. Julgado em 02out.2019. Disponível em:
<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/4a23e4e4-e0e7-3cdb-802e-2cce5edc4f37>.
Acesso: 29maio2020.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 28out.2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso: 28out.2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 21maio2020.

BRASIL. **Código Penal Militar**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso: 21maio2020.

BRASIL. **Decreto nº 54.216**, de 27 de agosto de 1964. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 13mar.2020.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Org.). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso: 17maio2020.

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso: 17nov.2019.

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso: 16nov.2019.

BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso: 16nov.2019.

BRASIL. **Lei 13.608**, de 10 de janeiro de 2018. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm. Acesso: 09maio2020.

BRASIL. **Lei 13.869**, de 5 de setembro de 2019. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso: 21maio2020.

BRASIL. **Lei 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso:
21maio2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**. Atualização: dezembro de 2019. Brasília, 2020. Disponível em:
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJiMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso: 10jun.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. **Portaria nº 344**, de 12 de maio de 1998. Disponível em:
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso:
17nov.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.637.287 – São Paulo. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DJ 27abr.2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1596611&tipo=0&nreg=201602971712&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170510&formato=PDF&salvar=false>. Acesso: 27maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 512.418 – Rio de Janeiro. Sexta Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ 26nov.2019. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1894643&num_registro=201901516025&data=20191203&formato=PDF. Acesso:
31maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 451.528 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DJ 07ago.2018. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1734112&num_registro=201801234675&data=20180815&formato=PDF. Acesso: 01jun.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 442.363 – Rio de Janeiro. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DJ 02ago.2018. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1713397&tipo=0&nreg=201800676431&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180905&formato=PDF&salvar=false>. Acesso: 31maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 441.175 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DJ 12jun.2018. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1721787&tipo=0&nreg=201800609799&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180620&formato=PDF&salvar=false>. Acesso: 28maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.647.020 – Rio Grande do Sul. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 18maio2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1605595&tipo=0&nreg=201700043611&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170525&formato=PDF&salvar=false>. Acesso: 27maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.574.681 – Rio Grande do Sul. Sexta Turma. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DJ 20abr.2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575162&num_registro=201503076023&data=20170530&formato=PDF. Acesso: 28maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 92.399 – Minas Gerais. Quinta Turma. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, DJ 15mar.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1687758&tipo=0&nreg=201703100747&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180402&formato=PDF&salvar=false>. Acesso: 27maio2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 89.853 – São Paulo. Quinta Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ 18fev.2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1912219&num_registro=201702479304&data=20200302&formato=PDF. Acesso: 27maio2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.827-3 – Tocantins. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 07ago.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495536>. Acesso: 31maio2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ 09set.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso: 04jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 100.042-0 – Roraima. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 02out.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC100042CM.pdf>. Acesso: 31maio2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 - Distrito Federal. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros(as). Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 22jan.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso: 23mar.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 606.616 – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 05nov.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso: 25maio2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659 – São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 08dez.2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3421/false>. Acesso: 04jun2020.

CARVALHO, Salo de. 4.ed. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **STF não determinou em quais situações cabe invasão de domicílio sem mandado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-19/thiago-filippo-stf-nao-determinou-situacoes-cabe-invasao-casa>. Acesso: 26maio2020.

FÖPPEL, Gamil; FERRARI, Renata. Da impossibilidade de deflagração de investigação criminal exclusivamente a partir de “denúncia” anônima: uma análise à luz da Constituição. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, 2010, v. 2, p. 469-484.

GODOY, Arion Escorsin de; COSTA, Domingos Barroso da. Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas. **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n. 247, junho/2013, p. 12-14.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, jul./ago. 2010, p. 394-410.

GOMES, Luiz Flávio. Dos crimes e das penas. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 105-157.

GONÇALVES, Clara Caldas Marocci. **Tráfico de drogas e a (i)licitude da prova obtida mediante entrada em domicílio sem mandado judicial**. 2017. Monografia. (Trabalho de conclusão de curso em Direito). – Faculdade Baiana de Direito, Salvador. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Clara%20Caldas%20Marocci%20Gon%C3%A7alves.pdf>. Acesso: 28.out.2019.

HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia a nossa visão sobre as drogas. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HEBER, Carolina. Inviolabilidade de domicílio: qual foi, afinal, o recado do Supremo? **Onze supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 198-200. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17959/Onze%20Supremos%20-%20o%20Supremo%20em%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 31maio2020.

IENNACO, Rodrigo. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, n. 62, p. 220-263, Set/Out, 2006. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/da%20validade%20procedimento_Iennaco.pdf?sequence=1. Acesso: 01jun.2020.

JESUS, Damásio de; atualização André Estefam. **Direito penal**: vol. 1, parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JESUS, M. G. M. *et al.* **Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>. Acesso: 26.abr.2020.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese. (Doutorado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Sérgio França Adorno de Abreu. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/publico/2016_MariaGoreteMarquesDeJesus_VCorr.pdf. Acesso: 04jun.2020.

- KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Verve: Revista Semestral do NU-SOL**. São Paulo: o Programa, 2007, n. 12, p. 181-212. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/verve/article/view/5208/3741>. Acesso: 13.jan.2020.
- KARAM, Maria Lúcia. Considerações sobre as políticas criminais, drogas e direitos humanos. *In*: VECCHIA, Marcelo Dalla et al (Orgs.). **Drogas e direitos humanos: reflexões em tempos de guerra às drogas**. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2017, p. 211-232.
- KHALED JR., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. 7.ed. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. 16.ed. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARONNA, Cristiano Ávila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM – Ed Especial Drogas**. São Paulo, ano 20, n. 239-A, p. 1-3, 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal-a-ilegitimidade-da-intervencao-penal. Acesso: 28.fev.2020.
- MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Natureza jurídica da denúncia anônima dirigida à autoridade pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 36, 2017, p. 90-110. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73013/43554>. Acesso: 09maio.2020.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. A defesa no inquérito policial. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**. Brasília, ano 1, n. 2, p. 49-99, 2017. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/508>. Acesso: 13maio.2020.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Tráfico e Flagrante: apreensão da droga sem mandado. Uma prática (in)tolerável?** Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2010/03/trafico-sem-mandado.html>. Acesso: 22maio2020.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes criminais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>. Acesso: 20maio2020.
- NITAHARA, Akemi. Campanha no Rio incentiva denúncia anônima nas regiões com UPP. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 31 de maio de 2015. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/campanha-no-rio-incentiva-denuncia-anonima-nas-regioes-com-upp>. Acesso: 11maio2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- O QUE É O *WHISTLEBLOWER*? **ENCCLA**, 2016. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/noticias/o-que-e-o-whistleblower>. Acesso: 11maio2020.
- OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7782/material/Livro%20-Sistema%20Acusatorio%20-%20Geraldo%20Prado.pdf>. Acesso em: 03nov.2019.

REMUS, Vívian do Nascimento; WENDT, Emerson. Análise sobre a valoração judicial das provas produzidas na formalização do auto de prisão em flagrante. **Revista dos Tribunais**, v. 972, 2016, p. 1-13. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.972.16.PDF. Acesso: 18maio2020.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso: 10.mar.2020.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. *In*: LABATE, Beatriz Caiuby *et al* (Orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 91-104.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0004401-08.2014.8.26.0081. 2ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Francisco Orlando de Souza. DJ 10dez.2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9060502&cdForo=0>. Acesso: 27maio2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, jul/dez 2013, p. 544-562. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/470/358>. Acesso: 17maio2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>. Acesso: 25maio2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 392-528.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. **Drogas: uma nova perspectiva**. Organizador: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 105-130.

VALOIS, Luís Carlos. 2.ed. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. *In*: LABATE, Beatriz Caiuby *et al* (Orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 41-64.