

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRICK VIEIRA

**O CRIME PERMANENTE E A DENÚNCIA ANÔNIMA: A
ENTRADA DO AGENTE POLICIAL NO DOMICÍLIO DO
SUSPEITO**

FLORIANÓPOLIS- SC

2014

PATRICK VIEIRA

**O CRIME PERMANENTE E A DENÚNCIA ANÔNIMA: A
ENTRADA DO AGENTE POLICIAL NO DOMICÍLIO DO
SUSPEITO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais
da Rosa

FLORIANÓPOLIS –SC

2014

AGRADECIMENTOS

Todas as pessoas que de alguma forma acreditaram e me apoiaram na realização desse sonho e me auxiliaram neste trabalho sabem disso, e se não sabem, é algo pelo qual eu pretendo lhes agradecer o tempo todo, pois são pessoas que tem grande importância na minha formação e seriam demais para nomina-los aqui. Desse modo, agradeço:

Ao Professor e orientador Alexandre Moraes da Rosa, pelo apoio, atenção, presteza e tempo que disponibilizou para me ajudar na realização do presente trabalho. Desse modo, não há palavras que expressem minha gratidão.

Em especial à minha Esposa, Juliana Teixeira Quinaud, por me apoiar na alegria e na tristeza, de forma incondicional;

A minha filha Laura Quinaud Vieira, por mostrar o quanto o amor é inimaginável e me desculpar pelos momentos em que não me fiz presente;

Minha mãe, Lúcia Helena Nunes pelo amor e dedicação;

Obrigado.

RESUMO

O ponto de partida é um problema decorrente da prática diária do serviço policial, decorrente de prisões em crimes permanentes.

Não é incomum no serviço policial o agente se deparar com o recebimento de denúncias de informantes particulares ou até mesmo de moradores das comunidades, que incomodados com o tráfico de drogas no seu bairro resolvem expor a situação, pedindo uma solução por parte dos policiais sem que para isso precisem se expor.

A partir dessas denúncias e consequentes prisões é que surge a discussão em torno do crime permanente (tráfico de drogas), ou seja, os policiais poderiam ou não ingressar no domicílio sem mandado judicial, violando em tese um preceito constitucional, apenas imaginando que ali se guardavam entorpecentes.

A maior parte da jurisprudência dos tribunais, inclusive o TJSC, STJ e STF sustentam que em crime permanente, a exemplo o tráfico de drogas, o agente policial não precisa de mandado judicial, não viola o domicílio do suspeito preso e não contamina a prova apreendida.

Outro ponto a ser destacado é a violação ou não do princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio e a responsabilização penal, civil e administrativa que o policial pode ou não sofrer em virtude da interpretação dada pela autoridade judicial.

Desse modo o que se busca discutir aqui é se numa hipótese de crime permanente o policial para efetuar prisões e apreender coisas, basta que tenha uma denúncia anônima ou mera suspeita ou é preciso que tenha elementos suficientes de convicção, ou seja, que tenha certeza.

A importância do tema é atual por se tratar de um problema prático enfrentado no dia a dia policial e que tem repercussão na privação de liberdade de um número considerável de pessoas.

Por fim, o método adotado no presente trabalho foi o método indutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, juntamente com pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Agente policial, Denúncia anônima, Crime permanente, Flagrante, (In) violabilidade do domicílio, Tráfico de drogas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 GUERRA CONTRA AS DROGAS, INFLUÊNCIA LEGISLATIVA, LEI DE DROGAS, ART. 33.....	8
1.1 GUERRA CONTRA AS DROGAS NOS ESTADOS UNIDOS E SUA EXPORTAÇÃO PARA AMÉRICA LATINA.....	8
1.2 INFLUÊNCIA LEGISLATIVA NO BRASIL	11
1.3 LEI 11.343/06 E SEU ART. 33	15
2 O CRIME PERMANENTE, PRISÃO EM FLAGRANTE, DENÚNCIA ANÔNIMA E TRÁFICO DE DROGAS	19
2.1 A PRISÃO	19
2.2 A PRISÃO EM FLAGRANTE.....	23
2.3 AS PECULIARIDADES DO FLAGRANTE.....	25
2.4 A PRISÃO NO CRIME PERMANENTE	27
2.5 AS DENÚNCIAS ANÔNIMAS RECEBIDAS PELA POLÍCIA.....	30
2.6 O COMÉRCIO DE DROGAS NAS COMUNIDADES E A VALIDADE DA DENÚNCIA ANÔNIMA	31
3 A PROBLEMÁTICA DO CRIME PERMANENTE.....	38
3.1 O QUE DIZ A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NOS TRIBUNAIS.....	38
3.2 A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO	50
3.3 O POSSÍVEL ABUSO DE PODER.....	55
3.4 O QUE DIZ A CORRENTE MINORITÁRIA.....	57
CONCLUSÃO.....	64
BIBLIOGRAFIA.....	66

INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico está dividido em 3 capítulos que tem por objetivo tratar sobre tema do crime permanente e a denúncia anônima: a entrada do agente policial no domicílio do suspeito.

No primeiro capítulo do presente trabalho será feita uma abordagem simplificada sobre a questão da guerra às drogas nos Estados Unidos da América, ou seja, como iniciou o processo de repressão ao uso e depois ao tráfico de drogas, iniciando nos Estados Unidos e na Organização das Nações Unidas, com uma forte legislação penal e que foi se expandindo pelo mundo, atingindo de maneira direta a América Latina, apontado como ponto do problema do tráfico por ser uma grande fonte de produção de drogas em geral.

Dito isso, analisar-se-á a influência das políticas internacionais antidroga no Brasil que iniciou o ciclo de combate as drogas e culminou no crescente processo de criminalização do “traficante inimigo” e do toxicômano e que resultou depois de muitos anos na Nova Lei Antidrogas n. 11.343/06. Essa lei em seu art. 33, o qual tipifica a conduta do crime de tráfico de drogas, composto de 18 verbos nucleares, os quais irão interessar os verbos que tem caráter permanente como por exemplo “*ter em depósito, guardar, trazer consigo, transportar*”.

No segundo capítulo, será feita uma análise da Lei 11.343/06 e o art. 33, que possui verbos de caráter permanente, passaremos então a problemática do crime permanente que é aquele em que a conduta do agente se protraí no tempo, possibilitando a prisão em flagrante de quem quer que esteja praticando aquela conduta descrita. Tal problema surge na medida que nos crimes de tráfico de drogas é comum que a polícia e seus agentes recebam denúncias anônimas de locais “casas” em que se escondem drogas ou aonde realizam a venda dessas substâncias. Daí surge a questão, em se tratando de denúncia anônima, se será possível ou não, a entrada da polícia para a prisão dos agentes e das drogas no domicílio apontado como local de tráfico, ou se ao entrar para realizar a prisão, essa seria inválida por estar constituída somente com base em denúncia anônima e por consequência estaríamos diante da violação direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

No terceiro capítulo, será expresso o que entende a jurisprudência dominante nos tribunais do nosso país com algumas decisões colacionadas que explicitam o entendimento que nos crimes de tráfico, mesmo que baseados em denúncias anônimas, se a polícia

logrou êxito em constatar a situação, a prisão é válida e os policiais não incorreriam em abuso e nem as provas estariam contaminadas. Também será expresso o entendimento da corrente minoritária sobre as prisões realizadas com base em denúncia anônima nos crimes permanentes que apontam em sentido contrário ao senso comum dos tribunais, buscando uma posição garantidora dos direitos e garantias fundamentais do cidadão reprimido pelo Estado, tendo por consequência a invalidação dos atos praticados pelo órgão repressor.

Por fim, o método adotado no presente trabalho foi o método indutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, juntamente com pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro.

1 GUERRA CONTRA AS DROGAS, INFLUÊNCIA LEGISLATIVA, LEI DE DROGAS, ART. 33

1.1 GUERRA CONTRA AS DROGAS NOS ESTADOS UNIDOS E SUA EXPORTAÇÃO PARA AMÉRICA LATINA

A guerra às drogas tem se tornado uma caçada implacável em todo o mundo, principalmente nos Estados Unidos da América, onde as agências estatais tentam combater a todo custo o tráfico e o uso de drogas de uma população cada vez mais viciada em substâncias consideradas ilegais pelo governo. A principal fonte que alimenta o mercado norte americano e outros países, inclusive o Brasil, são a Colômbia e México com cartéis gigantes entranhados no seio da sociedade, conhecidos pelo poder econômico e político e como não poderia deixar de ser, também muito violentos, traço característico nesse mercado das drogas¹.

Essa história de combate as drogas têm por objetivo preencher um espaço vazio pós guerra fria. Não há mais comunistas e a união soviética para se ter como inimigos, o que irá combater a maior potência globalizada do mundo? Substituir um inimigo externo e por um inimigo interno “as drogas” deste modo os americanos difundiram a guerra às drogas para preencher essa lacuna, justificando a repressão penal e o exercício do poder hegemônico sobre os países periféricos.² Esse livro, narra a história americana da década de setenta, em que os Estados Unidos começam a difundir a sua política de guerra às drogas, disseminando de forma progressiva, o discurso jurídico-político de exportação legislativa na questão de drogas, além de suas fronteiras. Pressionando a América Latina, mercado exportador de entorpecentes, inclusive o Brasil, a legislar sobre drogas de forma semelhante.³

¹ CONDE MARTIS, Márcio André. **A Geopolítica da Drogas nas Américas e a Política Antidroga Brasileira**. RIDB, Ano 2 (2013), nº 14. p. 17165-17176; DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

² DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 44-45.

³ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 44-45, 47-48.

Mas a caça a bruxa das drogas pelos americanos se torna mais forte na década de 80, quando é lançado um discurso transnacional de atribuição do problema ao tráfico e não mais ao usuário. Os países vitimados, entre eles os Estados Unidos, acusam os países periféricos (Colômbia, etc) de semear essa desgraça das drogas, trazendo à tona o problema do tráfico internacional e tratando isso como assunto de segurança nacional. Nesse contexto, está posto o inimigo interno ou externo, dependendo do contexto, utilizando desse argumento os americanos poderiam enfrentar o problema da imigração de colombianos em seu país, que na época eram a maioria.⁴ Nas palavras do autor Nils Christie:

Na prática, a guerra contra as drogas abriu caminho para a guerra contra as pessoas tidas como menos úteis e potencialmente mais perigosas da população, aquelas que Spitzer chama de lixo social, mas que na verdade são vistas como mais perigosas que o lixo. Elas mostram que nem tudo está como devia no tecido social, e ao mesmo tempo são uma fonte potencial de perturbação.⁵

As agências antidrogas americanas ajudam e interferem nesses países citados acima, para combater, em escala militar tais cartéis, com ajuda financeira na cifra de milhões, com aparato de inteligência, espionagem, equipamentos e armas para as forças armadas e policiais, fazendo do traficante um verdadeiro inimigo do estado e do direito penal.

No Brasil, como não poderia ser diferente, o tráfico e o consumo de substâncias entorpecentes tem aumentado vertiginosamente, causando medo e insegurança na população, pois essa máquina droga-violência vulgariza o que se chama de crime organizado, homicídio, roubos e furtos e a indústria da corrupção, assim como outras condutas antissociais.⁶

O reflexo desse combate as drogas pelas polícias reflete diretamente na vida das pessoas, principalmente as camadas menos favorecidas que são atingidas cotidianamente pela violência, pobreza, tem suas famílias separadas em virtude do cárcere, e são

⁴DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 59

⁵CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do delito. A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução por Luis Leiria. São Paulo, Forense, 1998. p. 65.

⁶ ROSA ALMEIDA, Paula da: **A política criminal Antidrogas no Brasil: Tendência deslegitimadora do Direito Penal**, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11927-11927-1-PB.htm>

utilizadas como mão de obra barata e descartável pelo dito crime organizado e por fim, tem uma série de direitos e garantias violados, que na verdade deveriam ser assegurados pelo Estado.

Mas observando esse período no Brasil e no mundo o emprego de todo esse aparato; dinheiro e vidas humanas tem sido pouco ou nada eficiente. A escalada da violência continua sempre a atingir as mesmas pessoas, os mesmos lugares, e o que realmente interessa não é contido, grandes traficantes e lavadores do dinheiro sujo do tráfico não são penalizados, pois talvez não interessem a indústria do cárcere.⁷

O único braço do Estado utilizado nesse combate árduo, incessante é o braço policial, a política criminal nos últimos anos tem se resumido a prisões. Não se vê o Estado a oferecer outras alternativas mais atraentes a essa massa da população, quando se observa de dentro de uma viatura policial o ambiente de pobreza ali instalado, deduz-se que daquele ambiente, tem um ciclo vicioso de pobreza e ódio, em que se vende para comer, consumir, ostentar o que a indústria oferece. Sendo assim a alternativa daquelas pessoas para atingirem tais objetivos é se entregarem no sistema do tráfico que oferece retorno imediato.

Temos então, o que podemos chamar de inimigo do direito penal, do autor alemão Gunther Jakobs⁸, guardadas as proporções e as peculiaridades do Brasil, temos o traficante de drogas moderno, sujeito perseguido e oprimido pelo Estado o qual suprime de direitos e garantias de determinada massa de indivíduos, autores de crimes graves, perigosos e por isso desconsiderados. Com o recrudescimento da legislação penal a partir da década de 80 até hoje e a inflação legislativa, a criminalização de condutas não cessa, seguindo uma linha de eficiência, de atuação policial, judicial e de prisionalização de um sistema já fracassado. Como observam Alexandre Morais da Rosa e Thiago Fabres:

(...) no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva e banalizadora do Direito Penal, mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana e, de outro lado, uma flexibilização abusiva das garantias processuais, atendendo-se, dentre outros fatores, aos custos do Sistema de Controle, bem como aos anseios políticos da maioria.⁹

⁷ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do delito. A caminho dos GULAGs em estilo ocidental.** Tradução por Luis Leiria. São Paulo, Forense, 1998. p. 65.

⁸ JACOBS, Gunther. CANCIO MELIÁ, Manuel **Direito Penal do Inimigo.** Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed.,2005.

⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: Em Busca de Uma Criminologia de Não Violência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4.

O efficientismo penal moderno (recrudescimento do Estado Penal com novos tipos penais e seu endurecimento como resposta ao aumento da criminalidade) é uma forma de “direito penal de emergência¹⁰” ou seja, é uma doença crônica que afetou nosso direito penal.¹¹ Esse efficientismo se expande segundo o autor devido a uma crise dupla que pode ser identificada pela crise do sistema econômico derivado da globalização e da condução neoliberal do mercado e do outro lado o fracasso dos sistemas representativos que não são capazes de atender e mediar os conflitos vindos do seio social. E a resposta que se oferece para tudo isso é o direito penal como *prima ratio* para a solução dos conflitos.¹²

1.2 INFLUÊNCIA LEGISLATIVA NO BRASIL

O impacto da transnacionalização da política antidrogas no Brasil deu início a um regime “belicista” propriamente dito de combate ao traficante-delinquente, logo após o Golpe Militar de 1964 com a aprovação da Convenção Única de Entorpecentes de 1961, pelo Decreto 54.216 de 27 de Agosto de 1964. Tal convenção tinha no seu preâmbulo objetivos como a necessidade de manutenção da saúde física e moral da civilização, sendo que a toxicomania considerada como “perigo social e econômico para a humanidade”. Tais princípios e objetivos definidos na Convenção Única de 1961 além de “demonizar” e causar pânico previam o projeto de uma política internacional de combate ao tráfico e tratamento dos viciados.

Depois da aprovação da Convenção Única de 1961, foram aprovadas no Brasil diversas matérias sobre drogas, acompanhando todo o ritmo internacional de repressão aos entorpecentes. Inicialmente foi Editado o Decreto-Lei 159¹³ que dispôs sobre “substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica” dando a eles o mesmo

¹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹¹ BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal. Discursos sediciosos.** Rio de Janeiro. n. 3, p. 57-69, 1º semestre 1997.

¹² PILATI, Rachel Cardoso, 2011 apud BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal. Discursos sediciosos. Rio de Janeiro.** n. 3, p. 57-69, 1º semestre 1997

¹³ Decreto-Lei nº 159, de 10 de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br, acesso em 16/06/14.

tratamento dos entorpecentes e aumentando o rol de proibições relacionados a substâncias proibidas, ou seja, uma luta entre “o bem e o mal”.¹⁴

No ano seguinte, em 1968 é alterado o art. 281 do Código Penal, através do Decreto n.385/68 que incluiu alguns verbos no tipo penal de tráfico e matéria prima da droga entre as substâncias, e acabou por igualar a pena do usuário ao do traficante reproduzindo a lógica repressiva internacional, visto que anteriormente o mesmo artigo possibilitava a descriminalização judicial do uso.¹⁵

Em 29 de Outubro de 1971, entrou em vigor a Lei 5.726 que alterou o rito processual dos crimes relacionados a drogas, como por exemplo a medida de “recuperação dos infratores viciados”, também alterou a regra de expulsão de estrangeiros, como também colocou os crimes de uso e tráfico de drogas na categoria dos relativos a segurança nacional. As penas desses tipos penais também foram aumentadas de 06 meses a 02 anos para 01 a 06 anos de reclusão para ambos.¹⁶

O Brasil continuou seguindo a política internacional de combate as drogas, incorporando convênios internacionais e fortalecendo a política de combate as drogas, criando seu “inimigo interno”. Chega-se então ao ano de 1976, quando entra em vigor a Lei n. 6.368 que passou a regular a matéria sobre drogas. A nova lei ficou estruturada da seguinte maneira; a norma possuía 47 artigos divididos em cinco capítulos intitulados “I – Da prevenção; II – Do tratamento e da recuperação; III – Dos crimes e das penas; IV – Do procedimento criminal; V – Das disposições gerais”¹⁷

Essa nova legislação, como não poderia ser diferente para a época, veio a ser mais dura, iniciando com as penas que aumentaram de 01 a 05 anos (5.276/71) para 03 a 15 anos (6.368/76). Foram acrescentados novos verbos (como “remeter”, “adquirir”, “prescrever”) ao caput do artigo 12, assim como foi acrescentado a figura de “apologia ao crime” no inciso III do § 2º do art. 12. Houve diferenciação entre traficante (art.12) e

¹⁴ Sobre a legislação que antecedeu o modelo bélico de política criminal, ver: BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 129; CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, 5 ed. Ampliada e atualizada. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 13-17.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, 5 ed. Ampliada e atualizada. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p.16

¹⁶ Artigo 23 da Lei 5.726/71. CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, 5 ed. Ampliada e atualizada. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p 17

¹⁷ BRASIL. Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976. 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 Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06/05/14.

usuário (art.16), sendo que a pena passou a ser a de privação de liberdade, podendo atingir de 06 meses a 02 anos, ou seja, aconteceu um aprofundamento da repressão.

A figura de associação para o tráfico (art.14) passou a ser autônoma, punida com uma pena de 03 a 10 anos. O Resultado prático dessa política antidrogas se resume numa política criminal desigual entre “usuário-dependente” e o “traficante-delinquente”, pois enquanto viciados da classe média encontrados com pequena quantidade de drogas eram enquadrados no art.16 o jovem pobre, em situação idêntica era tratado como traficante (art.12) ficando marcado para toda a vida.¹⁸

Nas palavras de Rachel Cardoso Pilati¹⁹:

“O que se aplica, nesse caso, é o que Ledio Rosa de Andrade chama de “direito penal diferenciado”: as diferenciações feitas pela lei entre usuário e traficante “levam a um cotidiano forense penal nada igualitário, e, bem ao contrário, discriminador, parcial, repressor dos economicamente mais fracos, ressalvadas raras exceções.” O direito penal diferenciado, também nesse caso, é seguido de uma hermenêutica diferenciada do texto legal”

Após alguns anos, já em 1988 com a aprovação de uma nova Constituição em 05 de Outubro de 1988 e da ruptura com o regime militar, marcando uma transição democrática, a política de combate as drogas não perderam seu caráter bélico/repressivo da época da ditadura militar, ao contrário continuou restringindo direitos dessas camadas reprimidas.

Como assevera o artigo 5º, inciso XLIII, que “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” ou seja, a Constituição Federal de 1988 restringiu direitos claramente, impossibilitando uma série de garantias ao “traficante-inimigo”.

¹⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, que estudou a criminalização por drogas da juventude pobre do Rio de Janeiro entre 1968-1988.

¹⁹ PILATI, Rachel Cardoso, 2011 apud ANDRADE, Ledio Rosa de. **Direito penal diferenciado**, p. 55.

Outro exemplo do autoritarismo é a Lei a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que impede uma variedade de benefícios (anistia, graça, indulto e liberdade provisória) aos condenados pelos crimes nela previstos, incluindo nela o tráfico de drogas.²⁰

Quem esperava que a transição do regime militar para uma democracia, inclusive com uma nova Constituição, inovadora e asseguradora de diversos direitos e garantias, houvesse um abrandamento no tratamento nas matérias referentes a repressão às drogas se enganou, aquele aspecto militar continuou sendo transmitido para as políticas de segurança pública e para a legislação penal em geral.

O Brasil continuou se alinhando internacionalmente através dos meios jurídicos para a cooperação internacional (com a ratificação da convenção de Viena de 1988) para o combate as drogas.²¹

Desse período em diante várias legislações foram sendo implementadas diante a necessidade de reforma da Lei 6.368/76, até a implementação da Lei 11.343/06 que vigora atualmente e tem no seu art. 33, o foco do presente trabalho monográfico. Esse nova Lei em nada mudou os discursos criminais, médico-jurídicos e políticos-jurídicos pregados pela Convenção de Viena de 1988, mantendo-se a forte repressão e discurso de eliminação do traficante (inimigo interno) e suavizando a resposta penal ao usuário, tratando-o como uma patologia.²²

A mesma lei (11.343/06) mantém o caráter bélico/repressivo de combate as drogas, permitindo a supressão de direitos e garantias fundamentais, além da violação da declaração universal de direitos. De vista percebesse o aumento da pena mínima de 03 para 05 anos de reclusão, isso sem contar as possibilidades de aumento de pena, tendo em vista as qualificadoras da lei, podendo chegar até o máximo previsto de 15 anos. O caput do art. 33 por sua vez dificulta a verificação do início da execução, inviabilizando a tentativa, visto que existem no núcleo do tipo 18 verbos.²³

²⁰ BRASIL. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.²⁰ Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06/05/14.

²¹ BRASIL. Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06/05/14.

²² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização. 5 ed. Ampliada e Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 68.

²³ PILATI, Rachel Cardoso, 2011 apud BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à

No mesmo parâmetro segue o art. 35 da mesma Lei, inserindo uma nova modalidade de quadrilha, composta por duas pessoas, e também uma nova modalidade que é o financiamento e custeio do tráfico. No art. 44 da Lei há a proibição de concessão de sursis, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No art. 28 continuou criminalizando a conduta de posse para consumo pessoal, deixando apenas de puni-la com pena de prisão, mas impondo outras medidas como prestação de serviços, admoestação verbal e comparecimento à programa ou curso educativo.²⁴

1.3 LEI 11.343/06 E SEU ART. 33

A intitulada nova lei de drogas (11.343/06) surge com a finalidade de organizar e normatizar o problema social das drogas existente no Brasil. Seus objetivos de repressão e prevenção tem por objetivo acabar com a insegurança gerada pelas leis anteriores (Leis 6.368/76 e 10.409/02). Tal lei reflete o brilho nos olhos dos defensores da lei e da ordem, que promovem o medo e a insegurança social, num mundo obtuso de visões libertarias.²⁵

Como trabalhado nos tópicos anteriores as pessoas envolvidas com as drogas (usuários/dependentes/ traficantes) são tratados como inimigos pela sociedade e por consequência o tratamento penal será o mesmo, ou seja, um cidadão diminuído em seus direitos e garantias. Essa faceta se mostra bem agasalhada na Lei 11.343/06 no que se refere ao substancial aumento da pena privativa de liberdade para o “traficante”, a criação de novos tipos penais e a vedação de direitos contemplados na Constituição Federal.²⁶

Das diversas figuras penais existentes no nosso ordenamento jurídico, uma das que mais causa polêmica e controvérsia como se verifica é o delito de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343/06, mais especificamente seu art. 33, caput:

CAPÍTULO II

produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06/05/2014.

²⁴ PILATI, Rachel Cardoso, **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil: Discussão de modelos alternativos** - Dissertação de Mestrado: UFSC 2011, p.85.

²⁵ BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas, Comentários à Lei 11.343/06**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. ix.

²⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 68.

DOS CRIMES

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.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Trata-se de uma figura penal de tipo misto alternativo, pois descreve variadas formas de realização que resultam numa única figura típica, qual seja, tráfico de drogas. O artigo prevê a configuração da conduta em 18 verbos possíveis descrevendo condutas que podem ser praticadas de forma isolada ou sequencial.

O objetivo jurídico da lei penal é a proteção do bem jurídico, que no caso desta lei, é a proteção saúde pública, com o fito de evitar a disseminação ilícita e descontrolada das drogas, que podem levar a uma destruição moral e efetiva das bases da sociedade, colocando milhares de pessoas, principalmente a massa miserável em situação de risco social, físico ou da sua saúde. Importante notar que não há unanimidade entre os autores no que se refere ao bem jurídico tutelado; definição fundamental sobre a legitimidade do Estado intervir sobre a vida das pessoas. Alguns afirmam que existem vários bens jurídicos tutelados na lei de drogas, como por exemplo; “incolumidade pública, vida,

saúde, família, integridade física e até segurança nacional”. Outros autores apenas indicam exclusivamente a saúde pública, que é o tema da Lei 11.343/06.²⁷

No que se refere a natureza jurídica, não se exige o dano concreto, o perigo é presumido de forma absoluta. Utilizando-se os argumentos acima, temos então um tipo penal de perigo abstrato, bastando uma mera conduta que se subsuma em um dos 18 verbos previsto no artigo da lei. Diz-se que não pode deixar o Estado de reprimir a conduta, pois caso ocorra, suas consequências seriam devastadoras no tecido social. Aí temos toda uma justificativa que embasa a guerra contra as drogas, ou seja, eliminemos a sua forma embrionária para evitar que se espalhe.

Algumas condutas são instantâneas, outras, são permanentes, ou seja, se prolongam no tempo, como por exemplo *guardar, ter em depósito, trazer consigo e expor à venda*. Tal definição é de suma importância para a compreensão e entendimento das divergências das jurisprudências que implicam diretamente na prática da atividade policial. Pois na medida que os verbos “*guardar*” (proteção), “*o ter em depósito*” (armazenar), “*o trazer consigo*” (portar) e o “*transportar*” que caracterizam o tipo permanente tem distinção importante dos tipos instantâneos na medida que esse a consumação ocorre rapidamente ensejando um flagrante rápido; ao contrário do que acontece nos tipos permanentes, visto que a consumação se protraí no tempo (é contínuo), enquanto a pessoa estiver com a droga possibilitará a prisão em flagrante, inclusive dentro de “casa” sem a necessidade do respectivo mandado.²⁸

Outro ponto importante a destacar é que a Lei de Drogas constitui norma penal em branco, ou seja, necessita de complementação por meio de Portaria do Poder Executivo, mais especificamente a SVS/MS (Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde) 344 de 12 de maio de 1998. As substâncias ali especificadas constituem elemento descritivo do tipo pela possibilidade de perceber-las através dos sentidos. No caso, a falta de autorização, desacordo com determinação legal ou regulamentar veem a constituir o elemento normativo jurídico do tipo.²⁹

Outra dificuldade que se encontra na lei de drogas é a dificuldade de se distinguir entre o crime do art.33 e o crime do art. 28, devido ao fato das condutas nucleares do tipo

²⁷ BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Comentários Penais E Processuais Penais à Lei de Drogas, Lei 11.343/06**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p.83-84.

²⁸ BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Comentários Penais E Processuais Penais à Lei de Drogas, Lei 11.343/06**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p.90.

²⁹ BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas, Lei 11.343/06**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p.91.

em ambos artigos serem os mesmos (*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e ter consigo*). A diferença pontual encontra-se na finalidade uso pessoal da droga, art. 28, portanto caberá ao julgador analisar a contextualização fática e delinear o caminho mais claro e correto para tomar uma decisão. O §3º do art, 28, da lei de drogas, auxilia na jogada do operador do direito que deve levar em conta à natureza da substância, a quantidade de droga apreendida, o local onde se desenvolveu a conduta típica, a dinâmica em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias sociais e pessoais do acusado, assim como seu modo de vida, a sua conduta e por fim seus antecedentes, respeitado as regras constitucionais de presunção de inocência.³⁰

Falando ainda do usuário, na nova lei de drogas, para mascarar a ampliação punitiva do “traficante”, o legislador maquiou, adotou uma imagem de avanço com a despenalização do consumo para o uso. O que na verdade nada mais é que uma cortina de fumaça que mantém o proibicionismo e perpetua o controle social. Não se quer aqui maquiar os problemas sociais das drogas e sua política de repressão, mas o que não se pode é utilizar de mecanismos que violam direitos e garantias dentro de uma democracia, ampliando a discricionariedade e o poder punitivo.³¹

No caso deste trabalho, a conduta que irá nos interessar é a dos verbos que tem caráter permanente “*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e ter consigo*”. Essas condutas têm importância na medida que se relaciona diretamente com vários casos de prisões realizados pelas polícias, em que a droga está escondida dentro de residências e o meio que a polícia usa para realizar essas prisões e apreensões se dão por denúncias anônimas. Passaremos então ao capítulo segundo.

³⁰ BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas, Comentários à Lei 11.343/06**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 62.

³¹ BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas, Comentários à Lei 11.343/06**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p.x.

2 O CRIME PERMANENTE, PRISÃO EM FLAGRANTE, DENÚNCIA ANÔNIMA E TRÁFICO DE DROGAS

2.1 A PRISÃO

“A palavra “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio, onis*), que significa “prender”.³²

Todos os dias, seja em noticiários, jornais, na atividade judicial, policial ou as vezes mesmo sob nossos olhos a aclamada ou repugnante prisão. Mas pergunta-se de onde ela veio, qual a aplicação e previsão legal.

Do Código de Processo Penal de 1941 temos a fundamentação abaixo:

Art. 282 - À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

Art. 283 - A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Visualiza-se que esses artigos não descrevem as espécies de prisão possíveis limitando ao que descreve o artigo transcrito.

Com a alteração de 2011, temos a Lei n 12.403 que alterou os artigos citados acima:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Alterado pela L-012.403-2011)

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Acrescentado pela L-012.403-2011)

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 2. ed. Niterói - RJ: Impetus, 2012, p. 1168.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Diferentemente do Código de Processo Penal de 1941, a regra regula as espécies de prisão no âmbito criminal, chamada de prisão penal.

Como pode-se observar o termo prisão na nossa legislação é utilizado para referir-se a pena privativa de liberdade, a captura em virtude de mandado judicial ou flagrante delito, ou ainda, por fim o recolhimento a estabelecimento prisional destinado a custódia.³³

No que interessa ao processo penal, a prisão tem previsão legal no art. 5º, inc. LXI. A “prisão” prevista na Constituição deve ser entendida como privação da liberdade de locomoção, com recolhimento ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime militar próprio, definido em lei.³⁴

Por ora apesar da divergência da doutrina quanto a nomenclatura, divisão, natureza, espécies, fins e qualidade o nosso ordenamento três espécies de prisão: a prisão extrapenal (civil e militar), prisão penal (prisão penal ou pena) e a prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena que tem como subespécies a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.³⁵

Não há de se esquecer a história da prisão que decorrem desde os tempos antigos que com o desenrolar dos séculos buscou substituir a vingança privada.

Assim, sobre a história das penas:

“A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante da história da humanidade, pior ainda que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizado por muitos contra um”³⁶

A pena como conhecemos hoje, era desconhecida na antiguidade. O cárcere, a privação da liberdade servia apenas para assegurar a sentença e execução da pena, pois

³³ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. LXVI; e Código de Processo Penal, art. 288, caput.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 2. ed. Niterói - RJ: Impetus, 2012, p. 1168.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 2. ed. Niterói - RJ: Impetus, 2012, p. 1169.

³⁶ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

estás quase sempre terminavam com a morte ou castigos físicos infamantes. A função primordial da prisão nessa época, era a de custodiar e torturar as pessoas.³⁷

A esse respeito:

“As penas dessa época medieval resumiam-se a barbaridades como amputação de braços, pernas, olhos, línguas e outras mutilações como podemos observar nos museus que apresentam os instrumentos utilizados naquela época”.³⁸

Foi no período da inquisição que a prisão canônica surgiu como o embrião do que conhecemos como as nossas prisões modernas, a prisão processual e preventiva. É nesse período que se encontra o princípio da “pena medicinal” que tinha o objetivo de purificar o pecador, de fazê-lo se arrepender de suas maldades e melhorar como pessoa.³⁹ A esse respeito:

“Nos séculos XVI e XVII as penas mais utilizadas eram aquelas barbaras que causavam sofrimento psíquico ou físico, que acabavam por muitas vezes em morte. A pena capital acabou por ficar banalizada e passou a ser colocada em dúvida na medida que não solucionava o problema do aumento da criminalidade. A partir desse ponto é que inicia a ideia de prisão como pena privativa de liberdade”.⁴⁰

Com a ineficácia da utilização de penas e castigos violentos que ao invés de combater a criminalidade só causava mais violência, ficando deveras banalizada, mudanças foram necessárias, permitindo certa evolução ou mudança no seu modo de operar. Logo, iniciam a construção de prisões com o objetivo de corrigir o apenado através do trabalho e disciplina, ou seja, nada melhor que aproveitar aquela mão de obra excedente e controlar a força de trabalho diante do sistema capitalista que aflorava.⁴¹

Lopes, Jr. Assevera que:

“Destaca-se que o surgimento do Direito Penal não nasce como evolução, senão como forma de negação da vingança privada, daí não há de se

³⁷ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

³⁸ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

³⁹ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

⁴⁰ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

⁴¹ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

falar em “evolução histórica” da pena de prisão. Não se trata de continuidade, senão descontinuidade. A pena não está justificada pelo fim da vingança, senão pelo de impedir por completo a vingança. No sentido cronológico, a pena substituiu a vingança privada, não como evolução, mas como negação, pois a história do Direito Penal e da pena é uma longa luta contra a vingança”⁴²

A evolução da pena passa ao longo do tempo de uma reação coletiva dos membros de determinada sociedade contra aquele transgressor da convivência social. A origem dessa reação é basicamente religiosa e aos poucos vai se transformando em civil. Daí é que por se tratar de vingança coletiva, não se pode confundir com pena, pois são fenômenos distintos na medida que a vingança implica liberdade, força e disposição individual e a pena, exige a existência de poder organizado.⁴³ A esse respeito se extrai a passagem abaixo:

“Com a evolução da estrutura e da organização da coletividade, surge, o sistema de composição, sucedâneo à vingança, e consiste no pagamento de um determinado valor à comunidade. No princípio, eram os parentes das vítimas que tinham o direito de aplicar essas sanções e aceitar os pagamentos. Depois o Estado acabou assumindo essa tarefa”⁴⁴

Dessa forma, como o Estado passa a concentrar o poder de punir e aplicar penas, começa a interessar o processo penal na medida em que se busca afastar o desejo da vítima e outras pessoas de vingar-se do transgressor, o Estado na verdade se fortalece com esse fenômeno e passa a graduar as reprimendas conforme a transgressão realizada.⁴⁵

Esse estágio de evolução a que passa a pena é caracterizado como “pena pública” imposta pelo poder estatal, o delito está previsto no ordenamento jurídico firmado pelo Estado e a pena uma reação do Estado contra a vontade do indivíduo. Não há mais o caráter de vingança pessoal, mas sim a atuação do Estado via autoridade, por um juiz imparcial e limitado pela lei.⁴⁶ Nesse sentido:

“O Estado como ente jurídico e político, chama para si o direito e também o dever de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinquente.

⁴² LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.65.

⁴³ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.65-66.

⁴⁴ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.66.

⁴⁵ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.66.

⁴⁶ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.66.

A medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que se encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão também a proibição expressa de os indivíduos de tomar a justiça por suas próprias mãos. A relação entre o processo e a pena correspondente às características de meio e fim. Assim nasce o processo pena⁴⁷

Nesse sentido, passa-se a analisar a prisão em flagrante e suas peculiaridades, que serão importantes para compreensão do estudo monográfico.

2.2 A PRISÃO EM FLAGRANTE

Em razão da etimologia do termo “flagrante”, do latim *flagrare* (queimar) e flagrantes (ardente, abrasador, que queima), a doutrina costuma definir prisão em flagrante como a detenção do indivíduo no momento de maior certeza visual do crime. Esse conceito contudo não abarca todas as hipóteses de flagrante. Prisão em flagrante, portanto, é aquela efetuada nas hipóteses legalmente previstas tal como descreve-se abaixo.⁴⁸ Como assevera Moraes da Rosa⁴⁹:

“A prisão em flagrante é a exceção à necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (CR, art. 5º, LXI, CPP, art. 283). Pode ser realizada por qualquer do povo (facultativa) e por autoridade policial e seus agentes (obrigatória), nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal. É prisão realizada antes do início da partida processual e não prende por si, demandando controle jurisdicional. Logo, vinculado expressamente às hipóteses legais”

O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. A previsão da prisão em flagrante está no Art. 302 do Código de Processo Penal e seus incisos que regulam as peculiaridades de flagrante que falaremos logo abaixo:

⁴⁷ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.64-66.

⁴⁸ BONFIM, Edilson Mougenot, **Curso de Processo Penal**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

⁴⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre, **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013, p. 123.

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

A primeira espécie de flagrante é a do inciso I, o flagrante propriamente dito em que o agente é surpreendido executando a ação, nada mais é que a visibilidade do delito.

Nesse sentido:

“A prisão em flagrante, nesse caso é que detém maior credibilidade na medida que se pode observar o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal, sem, contudo tê-lo percorrido por inteiro, pois permite evitar sua consumação.”⁵⁰

É um fato visualizado diariamente pelas patrulhas policiais que percorrem a cidade, principalmente nos locais onde é constante a venda de drogas. Usuários entram e saem das vielas ou somente passam de carro pela via pública, onde compram a droga que é vendida no varejo, dessa forma, permitindo a visualização pelos agentes públicos da realização do verbo nuclear do tipo penal “*vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar*”.

Na figura do inciso II, o agente é surpreendido, logo após, realizar a conduta descrita no verbo nuclear do tipo. É considerado ainda flagrante próprio, pois o delito ainda está ardente e há a possibilidade ainda de evitar a sua consumação. Não há lapso temporal suficiente entre a prática do crime e a prisão. A diferença do inciso anterior é que aqui, ele já realizou a conduta do verbo nuclear e a consumação já pode inclusive, ter ocorrido.

As figuras descritas nos incisos III e IV são as mais frágeis no que se refere a flagrante, sendo denominadas inclusive de “quase-flagrante” ou “flagrante impróprio”. Essa fragilidade se dá do ponto de vista da legalidade e do afastamento do núcleo realizador do tipo legal, refletindo na fragilidade dos elementos que legitimam, permitindo assim o afastamento pelo juiz que recebe o auto de prisão em flagrante.

⁵⁰ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.800-801.

2.3 AS PECULIARIDADES DO FLAGRANTE

“O Flagrante Forjado existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para tentar legitimar a prisão. Mas trata-se de uma situação falsa”.⁵¹

Trata-se aqui de uma situação fática criada para que se possa efetuar a prisão do suspeito dentro da “legalidade”. Tem-se como exemplo mais comum o enxerto de drogas para situações de tráfico de drogas, ou para “legitimar” a violação do domicílio de cidadão de baixa renda. Outro exemplo seria o caso de se colocar uma arma supostamente apreendida com um suspeito, isso tudo como o objetivo de tentar “arredondar” um flagrante ilegal, maculado de vício.

O Flagrante provocado decorre da indução, de um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se de uma cilada, uma encenação criada por aquele que deseja prender o suspeito, conhecido também no direito penal como delito putativo por obra do agente provocador.⁵²

Mais uma vez temos aquele clássico exemplo de filmes policiais que influenciam na realidade diária, quando o policial se passa por usuário de drogas, por negociante de armas, instigando assim uma situação, que se concretizando, permita prender o suposto criminoso no ato de entrega daquele ilícito em questão.

É claro que mais uma vez essa conduta é viciada e traduz-se de evidente ilegalidade, não sendo possível assim a realização do flagrante como assevera o Art. 17 do CP:

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Aury Lopes Jr⁵³ entende que:

⁵¹ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.807.

⁵² LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.807.

⁵³ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.808.

“O Flagrante preparado, também uma figura ilegal, pois é meticulosamente preparada e perfeita a cena que em momento algum o bem jurídico tutelado é colocado em risco. Nesse sentido aplica-se a súmula 145 do STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Aqui não há indução ou provocação”

Mas nem sempre as situações de flagrante esperado serão ilegais, há no cotidiano policial situações que permitem agir sem que se induza ou instigue o agente a ser preso.

É o caso das patrulhas realizadas nas comunidades em que é sabido que ali ocorrem praticas delitivas das mais diversas. Ali aqueles policiaes realizam campanhas que variam de minutos a horas ou até dias a espera daquele momento que permita realizar a prisão dos suspeitos dentro dos parâmetros legais, sem recorrer as situações descritas acima.

Por fim, o Flagrante Protelado ou Diferido previsto no art. 8o, II, da Lei 12.850/13:

Da Ação Controlada

Art. 8o Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1o O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2o A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3o Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4o Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9o Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável

itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

É uma autorização legal para que a prisão em flagrante seja retardada ou protelada para outro momento, que não aquele em que o agente está cometendo a infração penal, excepcionando, assim, as regras contidas nos arts. 301 e 302, I, do Código de Processo Penal.⁵⁴ Esse caso por exemplo é mais comum em investigações de agentes ou quadrilhas especializadas e que em decorrência da complexidade de suas ações exijam esse tipo de protelação para que se possa cercar de elementos de prova que comprovem de forma mais fidedigna a atividade delitiva.

São exemplos os casos que envolvem quadrilhas de roubo a banco, o famoso “novo cangaço” e casos de quadrilhas que furtam caixa eletrônicos com usos de explosivos.

2.4 A PRISÃO NO CRIME PERMANENTE

Nas infrações penais permanentes, entende-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (art. 303 do Código de Processo Penal). Isso porque a consumação desses delitos, ou seja, a prática dos atos que constituem os núcleos dos respectivos tipos penais, prolonga-se no tempo enquanto não cessar a atividade criminosa. Sendo assim entendeu-se perfeitamente possível a prisão em flagrante de agente, horas depois do encontro de substância entorpecente em sua residência.⁵⁵

Conforme Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

Para clarificar o conceito:

“Nos crimes permanentes há confusão lógica na interpretação prevalente. De fato, o art. 303 do CPP, autoriza a prisão em flagrante nos

⁵⁴ LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2012, p.808-809.

⁵⁵ BONFIM, Edilson Mougenot, **Curso de Processo Penal**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva. 2012, p. 317.

crimes dessa espécie enquanto não cessar a permanência. Entretanto, a permanência deve ser anterior a violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada. Não basta, por exemplo que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique que fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “x”, bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do indivíduo “parecia” que havia droga”⁵⁶

Aponta o autor que se faz necessárias evidências suficientes e legítimas anteriores a violação do domicílio do suposto agente para que a ação policial possa ser válida em conformidade com preceitos Constitucionais, não uma ação abusiva.

Continua explanando que se usa o artifício ardil do imaginário para violar os lares das pessoas menos favorecidas, fazendo dessa situação rotineira uma praxe de arbitrariedade que não pode ser tolerada, pois o agente estatal não pode desconhecer a lei – que não pode entrar na casa de ninguém (CPP, art. 293) sem mandado judicial, salvo hipóteses de flagrante delito próprio.

“Nem se diga que depois verificou o flagrante porque quando ele se deu já havia contaminação pela entrada inconstitucional no domicílio.”⁵⁷

A situação descrita acima revela situações em que os agentes públicos munidos de informações/imaginações, que naquela residência encontra-se escondida substância entorpecente, invadem a casa, detém os suspeitos e começam as buscas a procura de drogas ou armas. Mesmo que algo venha a ser localizado, já estaria maculado pela violação sem a devida ordem da autoridade competente e pela ausência de flagrante próprio.

Logo a prisão em crimes permanentes poderá ser efetuada a qualquer momento em virtude de sua consumação se protrair no tempo, ou seja, vai ardendo, queimando enquanto o agente não cessar o estado antijurídico por ele realizado. Portanto, a efetivação da prisão em flagrante pode ocorrer a qualquer momento, independente de prévia autorização judicial. Nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal.⁵⁸

⁵⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre, **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013 p. 124.

⁵⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre, **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013, p. 124.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I – 2 ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 1281.

Dessa forma, importante sabermos que tipos penais são exemplos de crime permanente ou não, e dentre os exemplos, temos o tipo que essa monografia vem-se referindo que é a figura delitiva do tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, caput), logo permite a prisão em flagrante a qualquer momento do *iter criminis*, seja de dia, a noite, com ou sem denúncia anônima, bastando que o agente seja flagrado realizando uma das condutas prevista no tipo legal como: *guardar, trazer consigo, transportar, ter em depósito*.

Nesse sentido segue o julgado:

“O paciente foi preso em flagrante cultivando cannabis sativa em sua horta particular, conforme explicitado na denúncia. O auto de constatação toxicológica esclarece que, efetivamente, as plantas apreendidas no quintal do acusado poderiam causar dependência física ou psíquica. Índícios suficientes de autoria e materialidade, portanto, encontram-se claramente evidenciados. – O auto de prisão em flagrante, encontra-se revestido das formalidades legais. Trata-se de crime permanente cuja consumação se prolonga no tempo. Daí subsume-se que o agente está em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”⁵⁹

Em todo crime permanente, em relação ao qual a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a constituição autoriza a violação ao domicílio mesmo sem prévia ordem legal (art. 5º, inc. XI).⁶⁰

Dessa forma, na modalidade de tráfico de drogas em que é praxe os agentes ativos do tipo delitivo, após o recebimento da carga de drogas, levarem para casas em que o entorpecente é “endolado” ou seja, é preparado para a venda ao público. Nesse caso o agente realiza a conduta “*ter em depósito*” que denota natureza de permanência, no qual se consuma com o passar do tempo, dessa forma existindo então o estado flagrante, permitindo a prisão sem ordem judicial, seja de dia ou de noite, não maculando a entrada da polícia na casa e nem a apreensão do material relativo à prática criminosa.⁶¹

Sendo assim, conforme já decidiu o STJ, a Constituição Federal não faz de modo absoluto, onde inseriu à exceção a garantia, o caso de flagrante delito. Ainda mais albergar

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de, 2012, p. 1281 apud STJ, 5º Turma, HC nº 11.222/MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 27/11/2000, p. 175.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I – 2 ed., Niterói, RJ: Impetus. 2012, p. 1282.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I – 2 ed., Niterói, RJ: Impetus. 2012, p. 1282.

uma figura como o tráfico que utiliza de um bem jurídico de alto valor para perpetrar um delito de natureza permanente. Seria então um contrassenso albergar a inviolabilidade para proteger a prática da traficância, invalidando-se a ação da polícia e das provas apreendidas.

2.5 AS DENÚNCIAS ANÔNIMAS RECEBIDAS PELA POLÍCIA

Não é incomum no serviço policial o agente se deparar com o recebimento de denúncias de cidadãos insatisfeitos com a realidade criminal de seu bairro que resolvem denunciar o tráfico de drogas ou então de informantes particulares ou até mesmo de rivais que disputam a venda de drogas na comunidade, que incomodados com tal situação resolvem expor a polícia, pedindo uma solução aos mesmos sem que para isso precisem se expor e assim correr riscos.

A partir dessas denúncias que normalmente informam a localização de entorpecentes escondidos ou de casas que servem de local, seja para armazenar, seja para o preparo ou refino, é que os policiais começam a analisar a denúncia recebida de acordo com praxis policial para tentar verificar se esta bate com o que os policiais conhecem da experiência vivida no serviço diário.

É uma situação delicada que envolve uma série de riscos para todos os policiais envolvidos, seja jurídica ou risco de morte, pois muitas denúncias desse tipo resultam em boas apreensões, outras também resultam em nada e outras vezes pode resultar numa situação de emboscada para a guarnição policial envolvida.

Assim é uma parte da atividade policial na dita “guerra contra o tráfico” uma gama de informações que chegam para os policiais que muitas vezes no intuito de realizar um serviço de proteção para a sociedade acabam por se envolver em situações que geram discussão no mundo jurídico e em consequentes prisões, daí é que surge a discussão em torno do crime permanente (tráfico de drogas), ou seja, os policiais poderiam ou não ingressar no domicílio sem mandado judicial, violando em tese um preceito constitucional, apenas imaginando que ali se guardavam entorpecentes.

2.6 O COMÉRCIO DE DROGAS NAS COMUNIDADES E A VALIDADE DA DENÚNCIA ANÔNIMA

A história da venda de drogas não é uma situação nova na atual sociedade, e a quantidade de usuários de drogas é cada vez maior como se constata nas pesquisas governamentais, na mídia e na própria atividade policial através dos termos circunstanciados, nas abordagens nas “bocas de fumo” e nas prisões realizadas.

Nas localidades onde a polícia atua e realiza a apreensão de drogas e a prisão de suspeitos, normalmente são bairros em que impera uma certa organização pelas pessoas envolvidas na atividade da narcotraficância, pelo fato da polícia em inúmeras situações prender as mesmas pessoas mais de uma vez. Esses indivíduos vão desenvolvendo técnicas para escapar das operações e também para minimizar as perdas de drogas, armas e dinheiro apreendidos.

A alguns anos atrás era comum as guarnições policiais realizarem grandes apreensões no local onde é realizado a venda ao público, mas com o passar dos anos os criminosos perceberam que estavam pagando um preço alto pelas perdas e passaram a esconder as quantidades de entorpecentes significativos dentro de casas. Logo, deixando no balcão de venda ao público, apenas a quantidade estritamente necessária (pequenas buchas) de 10, 20, 30 unidades de maconha, cocaína ou crack minimizando as perdas em caso de apreensão e dificultando a caracterização do tipo penal de tráfico.

Diante da realidade cotidiana, em que busca-se a preservação da imagem pelo fato sentirmos medo e insegurança, de delatar, de informar um crime em andamento, muitas instituições, principalmente as polícias militares e civis incentivam as delações através do “Disque Denúncia”, seja essa, uma ligação telefônica, um e-mail ou através de redes sociais. E é a partir dessas informações que muitas prisões são realizadas, resultando na privação de liberdade de uma infinidade de pessoas sem que se saiba quem o fez. Nesse sentido Rodrigo Iennaco⁶² esclarece que:

“A característica principal do Estado de Direito é a submissão do Poder Público às suas próprias normas, instituídas na estruturação do Estado, como expressão do princípio da legalidade. São normas constitucionais estabelecidas como autêntica garantia e limitação ao poder, de acordo com a

⁶² 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.

divisão de competências institucionais que funciona num sistema de freios e contrapesos. As noções de governo republicano e regime democrático se complementam, instrumentalmente, na consagração do processo como conjunto de princípios e garantias que disciplinam a resolução judicial de conflitos. Em matéria de responsabilidade criminal, ninguém será privado de seus direitos sem a observância do devido processo penal, aí referenciados seus corolários: o contraditório e a ampla defesa”

Observa-se que os meios de denúncia “anônima” incentivados pelo Estado visam claramente a defesa social, mas padecem de simetria constitucional que é expressa em vedar o anonimato. A Constituição Federal de 88, que assegura a livre manifestação do pensamento, em seu art. 5º, IV, veda o anonimato, declarando inviolável a intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando inclusive o direito de regresso contra aquele que o violar (art. 5º, X, CR/88).⁶³

Ora, se a Constituição Federal veda o anonimato, como através de uma denúncia anônima, informando um delito que está ocorrendo em determinado lugar dentro de um local, que é casa, protegido constitucionalmente, como a agente policial pode verificar tal hipótese de crime se que se deflagra toda uma violação de direitos e sem contaminar todo o “*iter*” o caminho que levou a uma eventual prisão.

Noutro ponto, do dever legal de testemunhar se contrapõe ao anonimato vedado pela Constituição. Surgindo a indagação e legitimidade da notícia anônima perante a ordem jurídica e constitucional. De outro, do dever legal de verificar a ocorrência de um delito, está a autoridade policial e seus agentes, que ao receber este tipo de informação, seja, ligação anônima, e-mail ou qualquer outro meio deve verificar a fidedignidade daquela denúncia, e conforme esta, instaurar ou não o devido procedimento investigativo.⁶⁴Sendo assim:

“Aquilo que a Constituição parece vedar é estimulado pelas instituições oficiais de Defesa Social, sobretudo as vinculadas à Segurança Pública: a “denúncia” anônima”. “A notícia anônima de crime é constitucional? Pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório?”⁶⁵

⁶³ IENNACO, Rodrigo. 2006.

⁶⁴ IENNACO, Rodrigo. 2006.

⁶⁵ 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.

Não se pode desconhecer a eficácia desse instrumento de denúncia que evita o cometimento de milhares de delitos, mas que ao mesmo tempo desrespeita frontalmente a Constituição. Por isso, interessante seria as instituições controlarem a registrarem as denúncias e quem as faz, assegurando e legitimando assim as ações desenvolvidas pelas forças de segurança pública.

Nesse sentido a necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de Defesa Social:

“Anonimato ou sigilo? Quem delata (apresenta *notitia criminis*), dando causa à abertura de inquérito policial, exerce um direito (art. 5º, II e §§1º e 5º, CPP), e exercendo regularmente esse direito, não pratica crime, sendo suficiente a verdade subjetiva para afastar o dolo, como leciona Bitencourt. [45] Com efeito, o legislador não poderia incriminar conduta identificada pelo exercício regular do direito de petição”⁶⁶

Se quem denúncia a prática de um delito convicto da inocência e provoca a instauração de inquérito em desfavor do denunciado, pratica crime contra a administração da justiça, prevista no art. 339 do Código Penal, reforçando a norma constitucional que veda o anonimato e responsabilizando o denunciante caluniador, tanto é que a pena é aumentada se o agente de vale do anonimato. Esse fato, só vem a reforçar ao cuidado que o agente policial deve ter ao receber qualquer notícia crime, devendo fazer o registro da qualificação do delator, quando houver identificação, ou os dados que permitam identificar de onde partiu a transmissão da delação, para futura identificação e responsabilização do delator.⁶⁷

“Se o Poder Público fomenta a participação da comunidade na apuração de crimes e identificação de seus autores, mediante serviços especiais (disque-denúncia, sítios na internet etc.), deve estruturá-los em obediência à legislação. Vale dizer, primeiro deve informar ao cidadão se a notícia anônima de crime será admitida e verificada. Deve, além disso, diferenciar entre as hipóteses em que não é necessária a identificação do delator e as que sua identificação será mantida sob sigilo. Finalmente, nos dois casos, deve manter registro da origem da notícia, de acordo com os recursos tecnológicos

⁶⁶ IENNACO, Rodrigo, 2006 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, p. 517.

⁶⁷ IENNACO, Rodrigo. 2006.

compatíveis (como endereço eletrônico do remetente de e-mail, número de telefone identificado e gravação da chamada originada etc.)⁶⁸

Tais providências tomadas pelo Estado e seu aparato policial, que permitam controlar e identificar os dados e denúncias recebidas, são fundamentais para adequar esse sistema a legislação e a Constituição, assim como evitar a produção de provas ilegais e ou clandestinas, que não raramente desmontam e invalidam todo um trabalho que despendeu tempo e dinheiro público. Além das medidas de registro e identificação das informações repassadas pela população, os agentes policiais têm a responsabilidade de se certificarem que aquela “denúncia anônima” tem um fundo de veracidade, que tenha elementos suficientes que possam embasar uma prisão, instauração de inquérito ou qualquer outra medida que possa resultar em prejuízo para o denunciado. Nesse sentido a necessidade de verificação da procedência das informações conforme descrito pelo autor abaixo:

“A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria”⁶⁹

Existe nesse ponto, o conflito entre a publicidade dos atos processuais, incluído aí o Inquérito Policial e o sigilo da colheita de informações e os desdobramentos da investigação. O agente policial ou a autoridade poderá utilizar as informações que tem em mão para averiguar a veracidade das denúncias, assim como realizar observações, infiltrar agentes, entrevistas, abordagens a pessoas e edificações, mas observando sempre as garantias constitucionais, com o fito de embasar o procedimento formal de permita legitimar suas ações. Portanto somente apoiado em informações e denúncias não críveis, a autoridade e seus agentes não poderão pleitear mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra de sigilo telefônico e etc. Para clarificar o entendimento:

⁶⁸ IENNACO, Rodrigo, 2006.

⁶⁹ IENNACO, Rodrigo, 2006

“Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações”⁷⁰

Porém, quando do recebimento da informação pelos agentes policiais, que deslocam até o local para averiguarem o contexto e veracidade dos fatos relatados existe a possibilidade, em presentes os requisitos, de realizar a prisão em flagrante dos suspeitos, mas para isso devem ter se cercado de elementos suficientes que possam legitimar a prisão.

“Presente a tipicidade processual, ou seja, se a situação de fato se amolda à descrição abstrata da lei processual, a prisão será legal; do contrário, ilegal, independente dos elementos de convicção coletados por ocasião da confecção da lavratura do respectivo auto pela autoridade policial. Da mesma forma, se a sequência procedimental prevista no art. 304 do CPP for desrespeitada, a prisão em flagrante também será viciada, em ofensa ao princípio da legalidade das formas”⁷¹.

Logo, ao receber a notícia que em determinado local, que seja acessível ao público, deve a autoridade e seus agentes, deslocarem-se e diligenciar a procedência dos fatos. Em caso de constatação do referido delito e presente o requisito temporal do flagrante do art. 302 do Código de Processo Penal, deverá ser realizada a prisão, e não haverá dúvida sobre sua validade. O mesmo se aplica a denúncia anônima permitindo inclusive a entrada no interior do domicílio, visto estar resguardado pela própria Constituição, nos casos de flagrância.

Só que a prática em sua essência é mais complicada do que se imagina, e para tanto os policiais devem cercar-se ou pelo menos deveriam, tomar medidas de verificação da existência de flagrância, como no caso corriqueiro de denúncias que informam sobre

⁷⁰ 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

⁷¹ 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

o tráfico de drogas em determinadas localidades e casas onde são armazenadas tais substâncias ilícitas. Cabe ao policial certificar-se de indícios sobre a mercancia no local, quem realiza, de que modo está ocorrendo a mercancia, o local onde se esconde, o dinheiro e demais elementos caracterizadores da conduta. Todos esses procedimentos de colheita de elementos permitem a polícia pela representação em juízo pela expedição do devido mandado de busca e apreensão, mesmo permitindo a situação de flagrante que se efetue a prisão e o ingresso na residência para a execução do ato.⁷² Todo esse cuidado, serve para que se jogue um jogo limpo e se respeite a garantias constitucionais, legitimando a ação policial e evitando a responsabilização do policial por abuso de autoridade.

Analisados as informações acima, verifica-se que a denúncia não subsiste em si, é apenas peça informativa que permite a polícia buscar elementos legitimadores da persecução penal. A mesma delação que carrega o peso da inconstitucionalidade do anonimato e que não serve de convicção para decisões, quando fundamentada, verificada no local e preenchida de elementos de verossimilhança darão ensejo a uma prisão em flagrante ou a procedimentos que permitam outras ações previstas na lei processual penal.⁷³

Depois, discorrer acima sobre a denúncia anônima e suas consequências práticas passaremos a discutir e a analisar a sua validade nas ações penais. De forma isolada, na forma crua como é tratada deveras e confrontada com o texto constitucional o anonimato não se sustenta e é em si um meio ardiloso para se jogar um jogo sujo, fora das regras jurídicas e que interfere na vida de milhares de pessoas diariamente.

Nesse sentido, conclui-se que o anonimato não pode servir para a influenciar validamente a convicção de um juiz, fazendo-o tomar decisões com base em imaginações, preconceitos ou suposições. Mas não quer dizer também, que em todas as suas formas e contextos, seja está inconstitucional e imprestável a persecução penal.

As provas produzidas a partir da verificação das referidas denúncias e devidamente firmadas em procedimento investigativo, desvinculadas de sua origem e deflagrados a partir do exercício do poder de polícia são aptos à formação da *opinio delicti*. Na sua origem a denúncia crua será descartada por completo e substituídas por novos

⁷² IENNACO, Rodrigo. 2006

⁷³ IENNACO, Rodrigo. 2006

elementos críveis e legítimos capazes de ensejar e fundamentar a instauração do procedimento formal, a futura ação penal, a instrução processual e suas decorrências.⁷⁴

Sendo assim, da necessidade de verificação da veracidade das denúncias pela autoridade policial, decorrentes de previsão constitucional, supera a colisão de interesses jurídicos, pois está superado aquele vício inicial. A denúncia não mais terá conexão com a persecução penal e a imputação nela inserida, permanecerá alheia desvinculada de qualquer reflexo na prisão em questão. Nesse sentido:

“Ao se negar valor e força probatória à denúncia anônima, em suma, define-se que ela não exerce diretamente nenhuma conexão entre a persecução penal e a imputação nela inserida, permanecendo, no processo, alheia ao mérito, desprovida de status processual autônomo e despida de qualquer reflexo de direito material”⁷⁵

Analisados esses conceitos, passa-se ao terceiro capítulo a analisar o que entendem sobre o tema os nossos tribunais em sua maioria, assim como também o que entende a doutrina minoritária de cunho mais garantista sobre tais reflexões.

⁷⁴ IENNACO, Rodrigo. 2006

⁷⁵ IENNACO, Rodrigo. **Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no estado democrático de direito.** Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 14, n. 62, p. 220-263, Set/Out, 2006

3 A PROBLEMÁTICA DO CRIME PERMANENTE

3.1 O QUE DIZ A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NOS TRIBUNAIS

Partindo para análise jurisprudencial importa dizer que o entendimento predominante da justiça brasileira é de que em se tratando de crime permanente movido por denúncia apócrifa, mais exatamente nos crimes de tráfico de drogas, o agente policial não necessita de mandado judicial pelo fato da conduta criminosa se prostrar no tempo, ou seja, o suspeito se encontra em flagrante delito, logo, o policial não viola o domicílio, nem comete o crime de abuso de autoridade como também não contamina a prova apreendida. Esse é o entendimento que ecoa nos tribunais conforme julgados abaixo:

Do Supremo Tribunal Federal

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. **ALEGACÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE.** 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, DJ 13.09.1996). 3. Elementos indiciários acerca da

prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revolver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 86082, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00240)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ARTS. 12 DA LEI N. 10.826/2003 E 33 DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. TRÂNSITO EM JULGADO. ILCITUDE DA PROVA, TENDO EM CONTA A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO (ART. 5º, INC. XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). RELATIVIZAÇÃO DA TUTELA CONSTITUCIONAL EM CASO DE FLAGRANTE, PARA PRESTAR SOCORRO OU POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. OCORRÊNCIA, IN CASU, DE FLAGRANTE. NÃO CABIMENTO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL, RESSALVADOS OS CASOS DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Inocorrência, in casu. 1. A norma que tutela a inviolabilidade de domicílio, inserta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, não é absoluta, cedendo “... em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

(HC74127, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 13/06/1997, e RHC 86082, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 22/08/2008). 2. In casu, consta na denúncia que “No dezessete de outubro, do ano de dois mil e oito, cerca das vinte e uma horas e trinta minutos, o denunciado foi preso em estado de flagrância por policiais militares lotados no 25º BPM, porque, com vontade livre e consciente, direcionada à prática do injusto, tinha em depósito e guardada, na sua residência, localizada na Rua da Capivaras, Travessa 07, nº 13 – Unamar, nesta cidade, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, aos usuários, certa quantidade de drogas capazes de determinar dependência física ou psíquica, denominadas Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida por maconha, e ainda, Cloridrato de Cocaína, popularmente conhecida como cocaína, destinadas ao efetivo exercício do nefando comércio das drogas da morte, além do Revólver, sem marca, calibre 38, com numeração raspada, regularmente municiado e em condições de ser utilizado na prática de ilícito penal, conforme noticiam o auto de apresentação e apreensão à fl. 04 e laudos toxicológico à fl. 06 e pericial de potencialidade ofensiva da arma, que será juntado oportunamente, cujas peças técnicas evidenciam a materialidade delitiva”. Por esses fatos, o paciente foi condenado, em 04/08/2010, pelo Tribunal de Justiça, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e (20) vinte dias como incurso nos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 e 33 da Lei n. 11.343/06 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes) ”. 3. Destarte, o acesso de policiais à residência do paciente, em decorrência do flagrante delito, não tem a aptidão de eivar de ilicitude as provas ali colhidas, in casu, maconha, cocaína e arma de fogo municiada, sobrevivendo acórdão que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e (20) vinte dias pelos crimes tipificados nos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 e 33 da Lei n. 11.343/06 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes). 4.

O Habeas corpus não é admissível como sucedâneo de revisão criminal, ressalvadas as hipóteses de flagrante constrangimento ilegal, o que não é o caso dos autos (RHC 107213/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 21/6/2011; HC 107839/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 7/6/2011; HC 104462/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 27/6/2011; HC 102473/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 29/4/2011; HC 98681/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 15/4/2011). 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 117159, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013)

EMENTA: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA. 1. Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita. Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão. 2. HC indeferido. (HC 84772, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 12-11-2004 PP-00041 EMENT VOL-02172-02 PP-00336 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 474-476)

Na mesma direção, segue o julgamento do Supremo Tribunal de Justiça:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. EVENTUAL ILEGALIDADE SUPERADA.

1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

2. Ademais, eventual ilegalidade do flagrante encontra-se superada, tendo em vista a superveniência de novo título a embasar a custódia cautelar, qual seja, o decreto de prisão preventiva.

(RHC 43.772/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 03/04/2014)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. INVIABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. APREENSÃO DA DROGA SEM MANDADO JUDICIAL. FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via especial suposta violação à matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal 2. Em relação à alegada violação da Súmula 126, do STJ, verifico tratar de inovação da matéria em sede de agravo regimental, não podendo ser acolhida nesta fase recursal.

3. Esta Corte possui entendimento jurisprudencial no sentido de que, no caso de flagrante em crime de tráfico ilícito de drogas, as buscas e apreensões domiciliares prescindem de autorização judicial, dada a natureza permanente do delito.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1398920/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 17/02/2014).

EMENTA: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PACIENTE DENUNCIADO PELA **PRÁTICA DO CRIME DO ART. 33, §1o., III DA LEI 11.343/2006**, POR TER

SUPOSTAMENTE CONSENTIDO QUE OS DEMAIS ACUSADOS SE UTILIZASSEM DE IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE PARA O EXERCÍCIO DO TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA EFETIVADA EM 05.03.2009. ASSERTIVA DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUE INCRIMINEM O PACIENTE E ALEGADA INCREDBILIDADE DA PROVA PRODUZIDA PELA POLÍCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. DECRETO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS VEEMENTES DA ATUAÇÃO DO PACIENTE NA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA VEDADA EM FACE DO ART. 5º., XLIII, DA CF/88 E DO ART. 2º., II, DA LEI 8.072/90. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA QUE AFASTA O ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DO INGRESSO DE POLICIAIS MILITARES NA RESIDÊNCIA DE UM DOS CORRÉUS, NOS TERMOS DO ART. 5º., XI, CF/88. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. HC PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. O tema relativo ao excesso de prazo na formação da culpa não foi submetido à apreciação do Tribunal a quo, mostrando-se inadmissível sua apreciação nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

2. O HC não é o meio adequado para se perquirir sobre a alegada ausência de provas capazes de incriminar o paciente e sobre a incredibilidade da prova produzida pela Polícia, dada a necessidade de dilação probatória ser incompatível com o mandamus, que exige prova pré-constituída do direito alegado.

3. Sendo inuvidosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.

4. In casu, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar foi decorrente de flagrante e foi decretada para assegurar a garantia da ordem pública, em razão da existência de indícios veementes da atuação do paciente na prática do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, visto que teria consentido que os demais acusados utilizassem o imóvel de sua propriedade para o exercício do tráfico de drogas.

5. A egrégia Terceira Seção desta Corte sedimentou a orientação de que o art. 2º, II da Lei 8.072/90, ao afastar a possibilidade de concessão de fiança nos casos de flagrante de crimes hediondos ou equiparados constitui fundamento suficiente para a não-concessão da liberdade provisória. Outrossim, o inciso XLIII do art. 5º. da Magna Carta dispõe expressamente que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável, o que também, nos termos da jurisprudência deste Pretório, evidencia a impossibilidade de concessão de liberdade provisória.

6. Por fim, inexistente constrangimento ilegal pela alegada ausência de mandado judicial para o ingresso na residência do corréu Rosildo Aires de Mello, tendo em vista o estado de flagrância em que foi surpreendido, situação amparada pelo art. 5º, XI da Magna Carta. Consoante constou do Inquérito Policial, às fls. 127/130, após denúncias anônimas, Policiais Militares dirigiram-se à residência de Rosildo, que foi surpreendido, com o corréu Héilton dos Santos Lima, manipulando, sobre uma mesa de centro, substâncias entorpecentes que tinham em depósito.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 141490/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010).

O entendimento prevalecente no Tribunal de Justiça Catarinense acompanha as cortes superiores ao abarcar a tese de que, em crimes permanentes, em que a polícia chega até os supostos suspeitos através de denúncia anônima, e esses são surpreendidos com drogas no interior da residência é de que é válida a prisão em flagrante, não há abuso ou violação constitucional e muito menos contaminação das provas.

Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUPOSTO ENVOLVIMENTO DOS ACUSADOS NOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, TIPIFICADOS, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 33, CAPUT E 35 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO QUE RELAXOU A PRISÃO EM FLAGRANTE. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE SUSTENTOU A LEGALIDADE DA PRISÃO. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL POR SE TRATAR DE CRIME PERMANENTE. HOMOLOGAÇÃO DO FLAGRANTE. PEDIDO DE CONVERSÃO PARA A PRISÃO PREVENTIVA. ACOLHIMENTO, UMA VEZ QUE SE ENCONTRAM PRESENTES OS REQUISITOS ENSEJADORES DESSA PRISÃO CAUTELAR (ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) A SABER, GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA APLICAÇÃO DA PENA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME CONSUBSTANCIADAS NA GRANDE QUANTIDADE DO MATERIAL APREENDIDO NO DOMICÍLIO DOS ACUSADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. REFORMA DA DECISÃO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Recurso Criminal n.

2012.018162-0, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 02-10-2012).

Segue outro julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no mesmo sentido sobre crime permanente, tratando de prisão por tráfico e suas implicações sobre a denúncia anônima, e a não contaminação da prova e legalidade do feito:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06) E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. RETIFICAÇÃO PARA NELA FAZER CONSTAR QUE O INÍCIO (E NÃO A TOTALIDADE) DA REPRIMENDA APLICADA AO RÉU DEVERÁ SER CUMPRIDA EM REGIME FECHADO. PRELIMINAR. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO FACE A INEXISTÊNCIA DE MATERIALIDADE. DESCABIMENTO. PROVA QUE NÃO FORA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. INVESTIGAÇÃO MOTIVADA POR DENÚNCIAS ANÔNIMAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA QUE PRESCINDE DE AUTORIZAÇÃO POR SE TRATAR DE CRIME PERMANENTE. "Não há, na linha da jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal, (v.g. HC 95.244/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE 30/04/2010) qualquer ilegalidade na determinação de realização de diligência para apurar a veracidade de denúncia anônima formulada dando conta da prática de crime de tráfico de entorpecentes, da qual advém a prisão em flagrante do paciente)" (Habeas Corpus 137256/RJ, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. 3/8/2010). "Caracterizando-se o crime de tráfico de drogas como delito permanente, tal pressupõe-se o estado de flagrância constante, de modo que não há falar-se em

ilegalidade da prisão, quando os policiais, após procederem a investigações, acabam encontrando em poder do acusado considerável quantidade de substância ilícita, a ponto de dispensar o prévio mandado judicial, a teor do art. 5º, X, da CF/88" (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.024825-4, de Gaspar, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 23/05/2011). **ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. APREENSÃO DE 301,39G (TREZENTOS E UM GRAMA E TRINTA E NOVE DECIGRAMAS) DE MACONHA E 3,69G (TRÊS GRAMAS E SESENTA E NOVE DECIGRAMAS) DE COCAÍNA DIVIDIDAS EM PORÇÕES, NUMERÁRIO EM MOEDA NACIONAL E ESTRANGEIRA, ANOTAÇÕES TIPO "LIVRO CAIXA" E BALANÇA DE PRECISÃO ENCONTRADA NO QUARTO DA RESIDÊNCIA DO APELANTE. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS E HARMÔNICOS DOS POLICIAIS QUE CORROBORAM PARA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. FRAGILIDADE DAS TESES DEFENSIVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO (ART. 28 DA LEI N. 11.343/06). NÃO CABIMENTO. PROVAS SUFICIENTES ACERCA DA COMERCIALIZAÇÃO DA DROGA. PRETENSA RESTITUIÇÃO DO NUMERÁRIO E BENS APREENDIDOS. INADMISSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE ILICITUDE. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.003649-4, de Joinville, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 07-06-2011).**

Também do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06), POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03) E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03). PRELIMINAR. ALEGADA ILICITUDE DAS PROVAS, UMA VEZ QUE COLHIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INSUBSISTÊNCIA. ACUSADO FLAGRADO NA PRÁTICA DE CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 303 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DO ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÉRITO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA REPRIMENDA, NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA, A PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO, EX OFFICIO, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO E POSSE DE ARMA COM A NUMERAÇÃO RASPADA. ARTEFATOS APREENDIDOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO E EVIDENTEMENTE UTILIZADOS EM CONJUNTO. CRIME ÚNICO RECONHECIDO. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O RESGATE INICIAL DA PENA. 1. Quando verificado o estado de flagrância delitiva (artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal), perfeitamente legítimo o ingresso das autoridades policiais em domicílio alheio, ainda que inexista mandado de busca e apreensão permitindo-o, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. 2. "A consideração de atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição". (STF - HC n. 73.924-SP, Rel. Min.

Marco Aurélio, j. em 06/08/1996). 3. Aplicável o princípio da consunção quando, em razão da apreensão dos artefatos em um mesmo contexto fático, constata-se que o porte ilegal de munição de uso permitido não constituiu delito autônomo, mas parte integrante do crime de posse de arma de fogo com numeração raspada, mais amplo e grave. 4. Quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena, devem ser levadas em consideração as circunstâncias do delito, como previsto no art. 33, § 3º, do Código Penal. No que tange ao crime de tráfico de drogas, reconhecida a possibilidade, em tese, de se fixar regimes mais brandos que o fechado (entendimento recentemente esposado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em plenário do Habeas Corpus n. 111.840/ES), tem-se que a quantidade e a natureza da substância ilícita apreendida são fatores determinantes em tal análise. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.082387-6, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 15-10-2013).

Entende a jurisprudência dominante que em se tratando de crime de tráfico drogas onde o agente é surpreendido com drogas dentro da residência, mesmo a polícia chegando até a situação fática movida por denúncia anônima, por se tratar de crime permanente, ou seja, encontra-se em flagrante enquanto permanecer na guarda, posse, depósito do entorpecente aquele suspeito e pode ser realizada a prisão a qualquer momento, não necessitando de mandado judicial para tal feito.

O próprio Código Penal, em seu art. 150, §3º, Inc. II, dispõe que não há violação de domicílio a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências, quando algum crime está ali sendo praticado ou na iminência de o ser, ainda mais nas tipicidades do tráfico em que é comum a guarnição policial ao tentar abordar os suspeitos esses correm para dentro de casas com o intuito de frustrar a ação policial.

Nesse caso é o que chamamos de “causa provável” que são fatos ou circunstâncias como as descritas no parágrafo anterior que permitam acreditar ou suspeitar, com elementos concretos, que um crime ali está acontecendo. É o que se estrai de recente

decisão do STF que não há ilegalidade na prisão realizada por autoridade policial baseada em denúncia anônima⁷⁶

Entende também dessa forma que não há a hipótese de abuso de autoridade pelos policiais, pois, não houve violação no art. 5º, Inciso XI, sendo válida a prisão em flagrante como também não contamina por derivação a prova apreendida. Preenchendo assim todos os requisitos legais da prisão.

3.2 A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

Referindo-se ao ingresso em domicílio em caso de drogas: a captura é legítima e incensurável, não interessa se era para traficância ou para uso pessoal, a invasão é correta, não há que se falar em abuso de autoridade ou invasão.⁷⁷

Como assevera Alexandre de Moraes, a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental consagrado mundialmente, a partir das tradições inglesas, onde o mais pobre dos homens em seu casebre desafia todas as forças da coroa inglesa. A inviolabilidade é das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade, pois abarca todo um conjunto de tutela, como a intimidade da vida privada, da honra, tranquilidade e a proteção individual e familiar, que não podem ser violadas, salvo em casos de persecução tributária e no caso em questão, na persecução penal na medida que o lar é utilizado para a guarda e ou depósito de substâncias ilícitas, utilizadas no comércio de drogas.⁷⁸

Esse caso excepcional de violação do lar está previsto na Constituição Federal nos seguintes termos:

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:

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. 2012, p.1195 apud **STF, 2 Turma, HC n 90.178/RJ**, Rel. Min. César Peluso, J.02/02/2010, Dje 55 25/03/2010.

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Apud 2012, p.1195 apud GOMES, Luiz Flávio, **Nova Lei de Drogas Comentada**, 2006, p.215.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. – 28 ed. – São Paulo: Atlas 2012.

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

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

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, já pacificou que o termo domicílio abrange um conceito suficientemente largo, impossibilitando a entrada sem o consentimento do morador, salvo nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou ainda durante o dia que pode ser entendido mais claramente no período entre a aurora e o crepúsculo nas palavras do ministro Celso de Mello. Sobre a inviolabilidade do domicílio transcrevemos abaixo o voto do Ministro Celso de Mello que explicita com clareza o conceito de casa, sua inviolabilidade e as decorrências em caso de violação.⁷⁹

Segue o voto na íntegra:

RHC N. 90.376-RJ

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: PROVA PENAL BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART.5º, LVI) ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) INADMISSIBILIDADE BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO IMPOSSIBILIDADE QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO “CASA”, PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL CONCEITO

⁷⁹ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. – 28 ed. – São Paulo: Atlas 2012.

DE“CASA” PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º,II) – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE “CASA” CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel.

Doutrina. Precedentes.

Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (“*invito domino*”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-

se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária.
Doutrina. Precedentes (STF).

**ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE
DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE
QUALQUER**

**INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE
JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA
TRANSGRESSÃO ESTATAL**

AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E
GARANTIAS INDIVIDUAIS.

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a
instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de
legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios
ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional
do “*due process of law*”, que tem, no dogma da inadmissibilidade
das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções
concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

A Constituição da República, em norma revestida de
conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por
incompatível com os postulados que regem uma sociedade
fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja
obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas
de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer
elementos probatórios que resultem de violação do direito
material (ou, até mesmo, do direito processual), não
prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo
brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula
autoritária do “*male captum, bene retentum*”. Doutrina.
Precedentes.

**A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA
ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE
POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR
DERIVAÇÃO.**

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.

Doutrina. Precedentes.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no

entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO.

TRIBUNAL FEDERAL JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA):

CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)”, v.g.

Mas o Supremo é claro em dizer que a inviolabilidade do lar não pode servir para que a casa se transforme em abrigo para a prática de crimes e nem garantia de impunidade e para isso devem ser observados as hipóteses legais para que se possa efetuar uma prisão cumprindo os requisitos legais e a preservação de direitos dos acusados em geral.⁸⁰

3.3 O POSSÍVEL ABUSO DE PODER

Caso o agente estatal não se assegure das medidas legais e adentre sem o devido consentimento do morador, estará ele incidindo na hipótese art. 3º da Lei 4.898 de 9 de Dezembro de 1965, Lei do abuso de autoridade que dispões sobre os crimes e o respectivo

⁸⁰ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. – 28 ed. – São Paulo: Atlas 2012.

processo, praticados no exercício de suas funções. Segue do texto legal a hipótese do caso em questão:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

[...]

b) à inviolabilidade do domicílio;

[...]

No art. 5º da referida lei está a definição de autoridade, que é a pessoa que tem o poder de impor a outrem nos termos da lei, ou seja, são poderes concedidos pelos concidadãos e expressos em lei emanada pelo Estado. Segue o texto da lei abaixo:

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Vê-se que o conceito utilizado pela lei é mais amplo que o de servidor ou funcionário público, trata-se de “autoridade” como está no texto da lei. Não há diferenciação entre servidor celetista, estatutário, etc, bastando que exerça ascensão sobre atividade privada e esteja na pública.⁸¹

No art. 6º da Lei será definido as sanções que poderá a vir sofrer o agente público como se extrai do texto da Lei:

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

a) advertência;

b) repreensão;

c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;

d) destituição de função;

e) demissão;

f) demissão, a bem do serviço público. Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

⁸¹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da, **Abuso de autoridade**. 1997.

Observa-se que o preço a se pagar decorrente da violação dessas garantias é bem alta para o agente público, visto o resguardo constitucional e a importância de tal garantia.

No tópico seguinte passaremos a analisar o que entende a corrente minoritária a respeito das prisões em crimes permanentes que envolvem o tráfico de drogas.

3.4 O QUE DIZ A CORRENTE MINORITÁRIA

Por ora, uma pequena voz se insurge contra esse tipo de decisão, diz-se que estamos diante de grave violação constitucional, a dizer, onde se viu, diante de denúncia anônima feita na obscuridade, sem mostrar o rosto, o nome imputar crime a terceiro como era feito na idade média. Alegam que os policiais ao adentrarem amparados pelo imaginário de que ali, naquela casa, há entorpecentes escondidos, já teriam violado o lar do cidadão e se algo fosse encontrado e apreendido, aquela prova estaria contaminada, pois os agentes públicos adentraram sem o devido mandado judicial. Sendo assim incorreriam no crime de abuso de autoridade e estariam submetidos às penas cominadas pela lei.⁸²

“Assim é que a denúncia anônima não pode ser tida, a priori, como verdade, nem justifica qualquer medida direta pela autoridade policial que não a investigação preliminar e, se for o caso, requerer-se ao Juízo competente, o respectivo mandado de busca e apreensão, apresentando-se as investigações preliminares. Claro que se verificar alguma das hipóteses do art. 302, I ou II, do CPP, estará autorizada a agir. Mas esta ação precisa estar autorizada anteriormente, ou seja, o flagrante não pode ser pressuposto, mas deve estar posto, a saber, não se pode achar que há droga e se adentrar. É preciso que a droga tenha sido vista anteriormente ou sua entrega ou mesmo a venda, situação diversa do presente”⁸³

Como destaca na introdução da obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli tem objetivo de contribuir com uma reflexão sobre a crise de legitimidade dos sistemas penais modernos. Sua crítica se baseia na ineficácia das garantias previstas nas cartas

⁸² MORAIS DA ROSA, Alexandre, *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

⁸³ [Http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-mandado.html](http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-mandado.html), In Artigo: **Tráfico e Flagrante: apreensão da droga sem mandado. Uma prática (in)tolerável?**

constitucionais que protegem o cidadão contra o arbítrio punitivo, na medida em que são constantemente violadas pela legislação ordinária e suas práticas nada liberais.⁸⁴

Cabe destacar ainda o julgado relatado pelo Des. Geraldo Prado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 2009.050.07372, uma verdadeira aula de como se deve proceder na garantia de Direitos Fundamentais:

"EMENTA: APELAÇÃO. PENAL, **PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL**. ARTIGOS 171, § 2.º, INCISO V, NA FORMA DO ARTIGO 14, INCISO II, 299 E 340, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. **PROVA ILÍCITA. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO, INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO AO SILÊNCIO. CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO**. Apelantes condenadas pela prática dos crimes definidos nos artigos 171, § 2.º, inciso V, na forma do artigo 14, inciso II, 299 e 340, todos do Código Penal. Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvição. RECURSOS PROVIDOS."

Consta do voto:

"O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consume. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**, 2010.

alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, "encontrasse" à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado."

Consta ainda do acórdão que a Constituição da República e não é novidade entre nós, que os direitos e garantias consagrados na carta são fatores de proteção a esfera individual e a privacidade. Seriam esses direitos, incluindo a inviolabilidade domiciliar, supranacionais e não decorrentes da produção Estatal. Logo, a positivação dessa garantia no ordenamento jurídico nada mais é que uma proteção contra os abusos cometidos no exercício do poder, como não raro acontece. A esse respeito destaca Luigi Ferrajoli:

“O Estado de Direito não se limita ao aspecto formal, concernente à noção de legalidade, mas possui outra noção substancial “da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade (...)”⁸⁵

Em pesquisa na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontramos o acórdão colacionado abaixo que tem entendimento divergente dos tribunais superiores, assim como Tribunal de Justiça Catarinense.

Ementa: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA. A Lei nº 11.403/06 prevê a apresentação tão somente de defesa prévia. Não há nulidade quando adotado o rito da lei especial. A defesa escrita do artigo 396 do CPP tem a mesma finalidade daquela do artigo 55 da Lei nº 11.343/06 e o conteúdo de ambas é praticamente idêntico, sendo desnecessária a apresentação das duas. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 212

⁸⁵ **Direito e Razão.** Trad.: SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. 2.^a Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 790.

DO CPP. A técnica de inquirição foi modificada a partir da nova redação do artigo 212 do CPP. Caso não observada a ordem inquiritória, configura-se nulidade relativa, que exige prova do prejuízo gerado à parte e alegação em momento oportuno. No caso, a nulidade não foi arguida em momento oportuno. Preclusão. Nulidade rejeitada. INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. Possibilidade de conciliação do rito previsto na Lei nº 11.343/06 com a disposição do artigo 400 do CPP, pois não existe incompatibilidade entre as normas. A realização do interrogatório ao final do procedimento, nos termos da atual redação do artigo 400 do CPP, garante ao acusado a plenitude do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Precedentes do STF, do TRE/RS e desta Câmara. Em face do art. 5º, LV, da CF, aplicação do princípio hermenêutico da máxima eficácia e efetividade da Constituição e decorrência da dupla perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (deveres de proteção do Estado e função organizatória e procedimental). Superada, entretanto, diante da solução mais favorável no mérito. **MÉRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.** A inviolabilidade do domicílio é a regra (CF, art. 5º, inc. XI); excepcionalmente, diante de "fundadas razões" (fatos indiciados e delimitados temporalmente), nos termos do § 1º do art. 240 do CPP, o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito. O mínimo que se exige, pena de esvaziar a garantia, é que a situação de flagrante seja percebida *ex ante* pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. 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. No caso, o réu estava no pátio da sua casa, quando os agentes estatais decidiram abordá-lo. Os policiais mencionam apenas ter informações sobre eventual tráfico perpetrado pelo réu. Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Acerca da tentativa de abordagem, não há menção à qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, movimentação típica de comercialização de drogas, ato suspeito de entrega sub-reptícia de substância a terceiro. Apenas avistaram o acusado, ao perceber a aproximação policial, entrar no pátio e resolveram abordá-lo. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, ipso facto, carente de fundamento racional apriorístico e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional. Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057484750, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 03/04/2014).

Também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segue a ementa do Habeas Corpus:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRAFICO, ROUBO E RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO HOSTILIZADA CUJOS FUNDAMENTOS TORNAM CERTA

A OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, ILICITUDE QUE CONTAGIA TODA A PROVA ASSIM COLHIDA, A AFASTAR O FUMUS COMMISSI DELICTI E IMPEDIR O DECRETO DE PRISÃO. Ordem concedida, por maioria, vencido o relator. (Habeas Corpus Nº 70058812918, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 03/04/2014).

Destes dois julgados acima é possível verificar a divergência de pensamento dos julgadores do Rio Grande do Sul. Nota-se a preocupação com direitos e garantias assegurados na Constituição Federal de 1988, além de afastar e repudiar a delação anônima como elemento basilar e fundamental para a realização da prisão em crime permanente, no caso, o tráfico de drogas, assim como também o ingresso em “casa”. Portanto, tal ação constitui grave violação que eiva de vício toda a prova apreendida. Consta ainda Apelação Criminal n. 70057484750, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 03/04/2014, o seguinte fundamento:

“A informação acerca de eventual traficância praticada pelo réu, embora possa autorizar a abordagem policial, na via pública, para averiguação (caracterizando-se fundada suspeita), bem como a existência de condenação anterior pelo crime de tráfico de drogas não servem, por si só, como indicativos suficientes da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial”⁸⁶.

Alexandre Morais da Rosa, em seu artigo sobre tráfico e flagrante é claro em destacar que a violação do preceito constitucional de inviolabilidade domiciliar prevalece

⁸⁶ **Apelação Criminal n. 70057484750**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 03/04/2014.

sobre busca implacável do Estado em produzir, mostrar resultados através de ilegalidade cometidas com base em denúncias anônimas.⁸⁷ Nesse sentido:

Por tais razões, diante das condições em que a droga 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 policiais acontece sem mandado judicial, implicando, pois, na ilegalidade da apreensão da droga e, por via de consequência, da ausência de materialidade. Agora não se pode é se acovardar em nome do resultado. A função do Judiciário é de garantia!⁸⁸

Contrapostas às duas vertentes, é de se saber o que prevalece tribunais e na doutrina, nesse limbo, está o policial trabalhando no seu dia-a-dia muitas vezes sem saber como agir, ou agindo ora na legalidade, ora na ilegalidade, dependendo onde irá se processar o feito. A sorte está lançada!

⁸⁷ [Http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-mandado.html](http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-mandado.html), In Artigo: **Tráfico e Flagrante: apreensão da droga sem mandado. Uma prática (in)tolerável?**

⁸⁸ [Http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-mandado.html](http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-mandado.html), In Artigo: **Tráfico e Flagrante: apreensão da droga sem mandado. Uma prática (in)tolerável?**

CONCLUSÃO

Visto o presente trabalho monográfico, após passar brevemente pelo primeiro capítulo sobre o começo e a expansão da política de inflação legislativa repressora de combate às drogas no mundo e que teve influência direta no Brasil, na repressão e política bélica de combate as drogas e ao “traficante inimigo” culminado na edição da nova Lei de Drogas n. 11.343/06, responsável por tipificar a conduta do tráfico de drogas em seu art.33. Tal artigo de lei que possui condutas descritas que são de caráter permanente, ou seja condutas que se estendem no tempo, constituindo flagrante delito, logo, permitindo a prisão de quem esteja realizando tal conduta descrita, enquanto durar a situação.

Da descrição do primeiro capítulo, passou-se a analisar o crime permanente nos casos de denúncia anônima em que a polícia realiza prisões por tráfico de drogas em residências suspeitas. Tais denúncias como se mostrou são realizadas por moradores da comunidade diretamente aos policiais ou feitas via Disque Denúncia, informando o local onde está acontecendo o fato criminoso.

Surge desses problemas, a questão da validade ou não, da prisão realizada pela polícia decorrente dessas denúncias. Demonstrou-se no presente trabalho que o agente policial deve se basear em fatos, os mais concretos e verossímeis possíveis, que possam dar ensejo a um procedimento investigativo ou uma situação que permita realizar a prisão em flagrante dos agentes que realizam o tráfico, e não somente incentivados pela imaginação e pro atividade deflagrados em razão de uma “informação leviana” que dá azo a um “jogo sujo” que desrespeita toda uma série de direitos e garantias conquistados a duras penas ao longo do tempo.

Mas o Supremo Tribunal Federal é claro em dizer que a inviolabilidade do lar não pode servir para que a casa se transforme em abrigo para a prática de crimes e nem garantia de impunidade e para isso devem ser observados as hipóteses legais para que se possa efetuar uma prisão cumprindo os requisitos legais e a preservação de direitos dos acusados em geral.

Diante do exposto no segundo capítulo, esse problema prático resulta numa discussão dentro dos tribunais do Brasil (STF, STJ, TJSC) ao qual passamos a descrever no terceiro e último capítulo do presente trabalho. Sendo assim o entendimento predominante no momento é o de que, nas hipóteses de denúncia anônima em crimes de tráfico de droga, a prisão se reveste de legalidade não havendo necessidade de mandado

de busca e apreensão, visto se tratar de crime permanente, ou seja, o agente se encontra em flagrante delito, podendo a agente policial realizar a entrada no domicílio para efetuar a prisão.

Porém, a quem discorde da unanimidade, mesmo que minoritariamente há decisões em sentido contrário, de fundo mais garantista, preocupados com o respeito substancial das normas contidas na Constituição Federal, ante a sede implacável de combater as drogas e seus traficantes. Entendem que os policiais ao adentrarem amparados pelo imaginário de que ali, naquela casa, há entorpecentes escondidos, já teriam violado o lar do cidadão e se algo fosse encontrado e apreendido, aquela prova estaria contaminada, pois os agentes públicos adentraram sem o devido mandado judicial. Sendo assim incorreriam no crime de abuso de autoridade e estariam submetidos às penas cominadas pela lei.

Visto as discussões que permeiam o tema, a sorte está lançada! Nesse sentido ou o policial deve tomar as cautelas necessárias, cercando-se de elementos probatórios aptos a realizar a prisão em flagrante e uma posterior persecução criminal ou estará sujeito ao entendimento da unidade jurisdicional que recair o feito processual. Fato que poderá ter um fim “exitoso” nessa guerra escancarada contra “o traficante-inimigo” ou poderá resultar em nulidade total dos atos praticados, e talvez, numa possível responsabilização dependendo do entendimento daquele juízo.

BIBLIOGRAFIA

BONFIM, Edilson Mougenot, **Curso de Processo Penal**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal. Discursos sediciosos**. Rio de Janeiro. n. 3, 1 Semestre, 1997.

BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Comentários Penais E Processuais Penais à Lei de Drogas, Lei 11.343/06**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas, Comentários à Lei 11.343/06**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL. Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL, Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 141490/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010. Disponível em www.stf.jus.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 86082, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00240. Disponível em www.stf.jus.br acesso em 06 Mai. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJRS, Apelação Criminal n. 70057484750, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 03/04/2014. Disponível em www.tjrs.jus.br acesso em 04 Mai. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJRS, Habeas Corpus N° 70058812918, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 03/04/2014. Disponível em www.tjrs.jus.br acesso em 04 Mai. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, TJRJ, Apelação Criminal n. 0189866-10.2009.8.19.0001 (2009.050.07372), da comarca da Capital, rel. Des. Geraldo Prado, 2009, AP FE 7372/09. Disponível em www.tjrj.jus.br acesso em 05 Mai. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, TJSC, Recurso Criminal n. 2012.018162-0, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 02-10-2012. Disponível em www.tjsc.jus.br acesso em 06 Abr. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, TJSC, Apelação Criminal n. 2011.003649-4, de Joinville, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 07-06-2011. Disponível em www.tjsc.jus.br acesso em 06 Abr. 2014.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 343 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do delito. A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução por Luis Leiria. São Paulo, Forense, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo Penal**. Prefácio a 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. Ver. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar de Lima da: **Abuso de Autoridade: Comentários e Jurisprudência**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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, Set/Out, 2006).

JACOBS, Gunther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed.,2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 2. ed. Niterói - RJ: Impetus,2012

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil: Discussão de modelos alternativos** - Dissertação de Mestrado: UFSC, 2011.

Disponível em <
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103351/292950.pdf?sequence=1>
> acesso em 06 Abr. 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos** – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. Artigo: **Tráfico e Flagrante: apreensão da droga sem mandado. Uma prática (in)tolerável?**
<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/03/trafico-sem-andado.html> Acesso em 06 Mai. 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: Em Busca de Uma Criminologia de Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA ALMEIDA, Paula da: **A política Criminal Antidrogas no Brasil: Tendência deslegitimadora do Direito Penal**. Disponível em
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11927-11927-1-PB.htm>.
Acesso em 06 Mai. 2014.

