

**A LEI DE DROGAS E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO EM SITUAÇÕES DE  
FLAGRANTE: ANÁLISE DE CASOS ASSISTIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA  
NA COMARCA DE MONTENEGRO/RS EM 2021**

**THE DRUG LAW AND THE INVIOABILITY OF THE DOMICILE IN SITUATIONS  
OF FLAGRANTING: ANALYSIS OF CASES ASSISTED BY THE PUBLIC  
DEFENDER IN THE DISTRICT OF MONTENEGRO/RS IN 2021**

**LA LEY DE DROGAS Y LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO EN SITUACIONES  
DE FLAGRANTES: ANÁLISIS DE CASOS ATENDIDOS POR LA DEFENSORA  
PÚBLICA EN EL DISTRITO DE MONTENEGRO/RS EN 2021**

Eduardo Guimarães Brandão<sup>1</sup>

João Pedro Peralta<sup>2</sup>

Nilma Vanessa Nunes Portugal<sup>3</sup>

**RESUMO**

O domicílio é inviolável segundo a Constituição Federal e o crime do artigo 33 da Lei 11.343/06 é uma realidade em todo o país. Sendo considerado um crime permanente, discute-se a legalidade do flagrante que viola o domicílio nos delitos de tráfico na Comarca de Montenegro/RS. Essa pesquisa tem como objetivo analisar as decisões proferidas na comarca mencionada a respeito da alegação de nulidade por violação do domicílio em casos atendidos pela Defensoria Pública no segundo semestre do ano de 2021 em comparação com a jurisprudência firmada pelo STJ no REsp 1.865.363. A pesquisa tem caráter qualitativo, descritivo e documental, metodologia pela qual foram analisados 35 processos de tráfico de drogas atendidos pela Defensoria Pública no segundo semestre de 2021, com o intuito de apurar o deferimento das alegações de nulidade, os argumentos utilizados pelo juízo em caso de indeferimento e os bairros em que ocorreram os flagrantes. Após, foi realizada a comparação das decisões com a mencionada jurisprudência e uma análise crítica apurando aspectos da política criminal de drogas. Em 11 processos foi arguida a nulidade pela violação do domicílio. Em todas as oportunidades a nulidade foi indeferida. Todos os indeferimentos tiveram como fundamentação a jurisprudência do TJ-RS com relação à autorização do ingresso policial em caso de crime

1 Professor (Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER) e Advogado; Mestre em Ciências Criminais (PUCRS);

2 Estagiário de Direito na Defensoria Pública de Montenegro/RS; Graduando em Direito no Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER; peralta.joao.pedro@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana; Analista Processual na Defensoria Pública de Montenegro/RS; nilmaportugal@gmail.com

permanente. As invasões de domicílio ocorreram em bairros em situação de vulnerabilidade.

**Palavras-chave:** Tráfico de Drogas; Inviolabilidade do Domicílio; Política Criminal; Nulidade; Montenegro/RS.

### ABSTRACT

The domicile is inviolable according to the Federal Constitution and the crime of article 33 of Law 11.343/06 is a reality throughout the country. Being considered a permanent crime, the legality of the act that violates the domicile in trafficking offenses in the District of Montenegro/RS is discussed. This research aims to analyze the decisions rendered in the aforementioned district regarding the claim of nullity for violation of the domicile in cases attended by the Public Defender's Office in the second half of 2021 in comparison with the jurisprudence established by the STJ in REsp 1,865,363. The research has a qualitative, descriptive and documentary character, a methodology by which 35 drug trafficking cases attended by the Public Defender's Office in the second half of 2021 were analyzed, in order to determine the granting of nullity claims, the arguments used by the court in this case. of denial and the neighborhoods in which the flagrant took place. Afterwards, the decisions were compared with the aforementioned jurisprudence and a critical analysis was carried out to investigate aspects of the criminal drug policy. In 11 cases, nullity was argued for violating the domicile. In all opportunities the nullity was rejected. All denials were based on the jurisprudence of the TJ-RS regarding the authorization of police entry in case of permanent crime. Home invasions occurred in vulnerable neighborhoods

**Keywords:** Drug Trafficking; Inviolability of the Home; Criminal Policy; Nullity; Montenegro/RS.

### RESUMEN

El domicilio es inviolable según la Constitución Federal y el delito del artículo 33 de la Ley 11.343/06 es una realidad en todo el país. Siendo considerado un delito permanente, se discute la legalidad del acto que viola el domicilio en los delitos de tráfico en la Comarca de Montenegro/RS. Esta investigación tiene como objetivo analizar las decisiones dictadas en el mencionado distrito sobre la demanda de nulidad por violación de domicilio en los casos atendidos por la Defensoría Pública en el segundo semestre de 2021 en comparación con la jurisprudencia establecida por el STJ en REsp 1.865.363. La investigación tiene un carácter cualitativo, descriptivo y documental, metodología mediante la cual se analizaron 35 casos de narcotráfico atendidos por la Defensoría del Pueblo en el segundo semestre de 2021, con el fin de determinar el otorgamiento de pretensiones de nulidad, los argumentos utilizados por el tribunal en este caso de la negación y los barrios en los que se produjo la flagrancia. Posteriormente, se contrastaron las decisiones con la citada jurisprudencia y se realizó un análisis crítico para indagar aspectos de la política criminal de drogas. En 11 casos se alegó nulidad por violación del domicilio. En todas las oportunidades se rechazó la nulidad. Todas las negativas se basaron

en la jurisprudencia del TJ-RS respecto a la autorización de ingreso policial en caso de delito permanente. Se produjeron allanamientos de morada en barrios vulnerables.

**Palabras clave:** Narcotráfico; Inviolabilidad del Hogar; Política Criminal; Nulidad; Montenegro/RS.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata a respeito da lei de drogas (BRASIL, 2006) e a flexibilização da inviolabilidade do domicílio em situações de flagrante, analisando casos envolvendo indivíduos assistidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na Comarca de Montenegro no ano de 2021.

O trabalho foi norteado através da problemática da apreciação da nulidade arguida pela Defensoria Pública com relação a mitigação do princípio da inviolabilidade de domicílio, em casos de ingresso forçado dos agentes policiais sem mandado judicial em crimes de tráfico de drogas, na comarca de Montenegro/RS no segundo semestre do ano de 2021. Não apenas, o estudo questiona a argumentação utilizada nas referidas decisões de primeiro grau.

Desde 2006, ano no qual a lei de drogas passou a vigorar no Brasil, até junho de 2020, o número de presos por crimes da referida lei no Brasil aumentou de 31.529 para 207.487 (ZACARIAS, 2021). Esse número representa quase um terço dos mais de 700.000 encarcerados no Brasil no ano de 2020 (DEPEN, 2020). Desse modo, em uma constatação anterior ao estudo, tendo em vista a expressividade de condenações pelo crime de tráfico de drogas na região de Montenegro, partiu-se da inquietação de que as teses de nulidade face à violação de domicílio em situações de flagrante no crime de tráfico de drogas vinham sendo indeferidas.

Nesse sentido, pretende-se averiguar os casos em que a Defensoria Pública alegou nulidade da prisão em flagrantes relacionadas ao crime de tráfico de drogas em que ocorreram o ingresso forçado da Polícia Militar e a apreciação do juízo da Comarca de Montenegro/RS no segundo semestre do ano de 2021, bem como comparar os resultados obtidos com o recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 598051 / SP (2020/0176244-9) e os conceitos doutrinários acerca da política criminal adotada no Brasil.

A pesquisa tem caráter qualitativo, descritivo e documental, tendo em vista que foi analisado o conteúdo das sentenças, buscando apurar a apreciação do juízo acerca da alegação de nulidade baseada na violação do domicílio durante o flagrante policial, bem como em caso de indeferimento, apontar os principais argumentos utilizados pela jurisdição em prol da mitigação do princípio em análise em uma correlação com aspectos sociais que levam a seletividade penal e a determinadas particularidades no sistema repressivo, como o local em que ocorreram os fatos.

Os processos foram filtrados através de contato realizado pelo defensor público atuante na 1ª Defensoria de Montenegro/RS, Rodrigo dos Santos Ribeiro, junto à Central de Serviços Integrados da instituição. Após a listagem, foram encontrados 35 processos sob a matéria de tráfico de drogas com atuação da Defensoria Pública que tiveram sentença durante o período entre 01 de julho de 2021 e 31 de dezembro de 2021. A partir disso foi iniciada a fase de análise do conteúdo das sentenças.

Dessa forma, a análise processual buscou responder se houve alegação de nulidade por violação de domicílio por parte da Defensoria Pública; se, em sentença, o juízo de 1º grau acolheu a nulidade arguida; em caso de indeferimento, quais os principais argumentos utilizados pelo juízo, em quais bairros ocorreram o maior número de situações de invasão de domicílio. Em fase posterior, foi realizada uma análise crítica dos dados colhidos em comparação com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 598051 / SP 2020/0176244-9.

## 2 DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Para compreender o fenômeno do flagrante em contraponto ao princípio da inviolabilidade do domicílio, é necessário definir o conceito de domicílio e a implicação dessa garantia constitucional no sistema penal brasileiro.

A inviolabilidade do domicílio, como manifestação do direito à intimidade, bem como os direitos à vida privada, honra e imagem, está explícita na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e consagrada como um direito da personalidade. O domicílio, sob a visão constitucional, é asilo inviolável, sendo vedada a penetração de qualquer indivíduo sem autorização (RAMOS, 2019). Desse modo, tal direito é

uma garantia constitucional que assegura a integridade moral e física do indivíduo em seu lar.

É importante ressaltar que o Estado, possuidor da força coercitiva, não possui autorização para sobrepor direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2021), levando em conta que o princípio da inviolabilidade do domicílio protege o domicílio de qualquer abuso ou violência policial. Mesmo àquele que detém o maior poder e aparato coercitivo não é permitido o ingresso imotivado no domicílio do menos afortunado (SANTOS, 2014).

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XI, também prevê as ocasiões em que é possível subjugar a inviolabilidade do domicílio, quais sejam, a situação de flagrante delito, o desastre, a necessidade de prestar socorro a alguém dentro de casa e a determinação judicial a ser executada durante o dia (BRASIL, 1941).

Nesse ponto, discute-se a legalidade da invasão de domicílio em situação de flagrante nos casos de tráfico de drogas, haja vista, a necessidade de formalidades para configurar a situação de flagrante, bem como a produção de provas lícitas para a apuração dos delitos, haja vista, o caráter de direito fundamental conferido à proteção ao domicílio.

### **3 DO TRÁFICO DE DROGAS E DO FLAGRANTE**

Com a finalidade de entender o fenômeno do flagrante ilegal no crime de tráfico de drogas é necessário, primeiramente, destrinchar a relação do tipo penal em questão com a prisão em flagrante e a ilegalidade das condutas violadoras da intimidade.

Inegável é a relação da humanidade com as substâncias entorpecentes ao longo da história, sendo essas, motivadoras de inúmeros conflitos econômicos e políticos, no século XIX, e criminais, no século XX. Ao dissertar sobre o crime de tráfico de drogas é inevitável mencionar o impacto do proibicionismo para o estabelecimento desse tipo penal e toda a carga social que o instituto carrega.

O proibicionismo é uma política criminal que aborda o tráfico e o consumo de drogas com fundamento jurídico-moral, utilizando a ideia de coerção da segurança

pública sobre o consumo, a produção e a venda de entorpecentes para fins de controle sanitário e social (RODRIGUES, 2006).

Tal abordagem dos agentes de segurança, do poder legislativo, do poder judiciário e demais membros da segurança pública, acaba por referenciar uma visão do suspeito do crime de tráfico como uma espécie de inimigo interno (CARVALHO, 2016), tornando justificável a restrição dos seus direitos fundamentais e a exacerbação de sua pena. Essa visão bélica aplicada atualmente quanto ao crime de tráfico é herança do modelo de segurança repressivo implementado após o Golpe Militar de 1964, tornando como regra a eliminação de indivíduos marginalizados política e criminalmente.

No contexto contemporâneo, o arquétipo do “inimigo interno” compõe o fenômeno da criminalização, pelo qual, é institucionalizada a punitividade sobre as condutas consideradas transgressoras em um contexto social. Nesse ponto, considerando que o Estado monopoliza a coerção estatal, o processo de criminalização sob os indivíduos transgressores age de forma implacável e excludente, evidenciando a possibilidade de que a política criminal tenha sido estabelecida com o intuito de beneficiar uma classe dominante (MISSE, 2011).

Compreendendo a servidão da política criminal às classes dominantes, é possível associar a facilidade encontrada na criminalização de indivíduos marginalizados com a finalidade de trazer às classes hegemônicas uma ideia de conforto através da punitividade (ZAFFARONI, 2004, p. 76). A mencionada visão crítica é objeto da abordagem teórica da criminologia interseccional (POTTER, 2013)<sup>4</sup>, pela qual, é possível a realização de uma análise mais complexa com relação à dinâmica de diferentes grupos sociais em um contexto criminal.

Indubitavelmente, o sistema penal brasileiro historicamente é marcado pela seletividade e desigualdade em sua aplicação punitiva (PILATI, 2013). Desse modo, a política criminal de drogas adotada no Brasil assemelha-se, em muito, ao Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2008), o qual prevê uma explícita distinção entre o direito do “cidadão” e o direito, ou melhor, a ausência de direitos, do “inimigo”. Portanto, é possível afirmar que, a lógica defendida por Günther Jakobs possui

4 “uma abordagem teórica que demanda uma reflexão crítica sobre as identidades e status interconectados de indivíduos e grupos em relação às suas experiências criminais, ao controle social do crime e a quaisquer questões associadas ao crime”

características semelhantes a um constante estado de Exceção (CALLEGARI, 2016)<sup>5</sup>.

A política de drogas, nesse aspecto, reforça o traficante, o adicto e o consumidor como um “inimigo”, visto sob uma série de estereótipos. Diante disso, a segurança pública passa a adotar uma postura de eliminação de incômodos, absorvendo, assim, uma legitimidade implacável em sua atuação, de forma a sobrepor qualquer limite ou barreira legal na busca incessante pela eliminação do “inimigo” (CARVALHO, 2016).

Adentrando-se no instituto do flagrante, afirma-se que é dever do Estado justificar a restrição que será imposta ao direito fundamental à intimidade ou à locomoção de forma sólida e coerente, não cabendo ao indivíduo provar a imprescindibilidade do seu direito fundamental (SILVA, 2005). Por essa lógica, o flagrante imotivado implicaria em uma inversão da lógica do processo penal pautada na presunção de inocência e, dessa forma, acarretando evidente inconstitucionalidade na aplicação da restrição da liberdade.

Considerando o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343, delito que necessita, em regra, de prova de materialidade através de apreensões de substâncias entorpecentes e, conseqüentemente, elaboração de laudo pericial, discute-se a legalidade da violação do domicílio em caso de flagrante no crime de tráfico de drogas.

Curioso é o fato de que, grande parte dos verbos nucleares do tipo penal do crime de tráfico de drogas, como “ter em depósito, preparar e produzir” indicam situações que perduram no tempo. Dessa forma, o indivíduo que apenas possui drogas em sua residência, mesmo que, para consumo próprio, estaria em constante situação de flagrância (PRADO, 2020), em razão do caráter permanente (GRECO, 2017)<sup>6</sup> da conduta.

A partir disso, discute-se a possibilidade de que a conduta considerada permanente autorize a entrada dos agentes policiais em uma configuração de flagrante. Tal diferenciação é necessária para a interpretação dos entendimentos

5 “O Estado de Exceção, nesse aspecto, é considerado como a capacidade que se reserva o Estado de ampliação da violência estatal com a suspensão ou, até mesmo, violação da lei, o que pode ocorrer, por exemplo, em ‘estados de sítio’ ou ‘estados de emergência’.”

6 Crime permanente “É aquele cuja consumação se prolonga no tempo”.

firmados pelos tribunais superiores, tendo em vista, as divergências jurisprudenciais quanto à validade da invasão de domicílio nessas situações (VIERA, 2014).

No entanto, não é possível que a mera suspeita superficial da prática do crime de tráfico coloque o indivíduo em estado de flagrância e permita a violação do seu domicílio. Dessa forma, observa-se a necessidade de justa causa para que haja o flagrante no interior do domicílio do suspeito.

Como observado por MATOS (2020), “os “sujeitos suspeitos” não podem estar na rua, mas tampouco podem estar tranquilos em casa”. Dessa forma, o discurso naturalizado que investe o judiciário ao tratar da temática em questão, acaba por institucionalizar a violação de um direito fundamental.

Em análise do art. 28 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006)<sup>7</sup> sequer existe uma diferenciação clara e objetiva entre os tipos penais de posse de drogas e tráfico de drogas, perpassando a efetiva caracterização do crime de tráfico pela intenção subjetiva do agente, não incidindo meramente em questões quantitativas.

Embora o art. 28 possua um caráter despenalizador em sua previsão, “só alcança aquele que não precisa traficar para consumir droga” (BOITEUX, 2018) de modo que não ocorre ruptura na relação de interdependência entre o consumo e o tráfico, gerando dúvidas com relação ao verdadeiro efeito do dispositivo legal. Em adição, o tipo penal do consumo pessoal de entorpecente, em sua similaridade com o tipo de tráfico, também carrega a característica de crime permanente, motivo pelo qual, a confusão entre os tipos penais é intensificada.

Assim, não é exato afirmar que o consumo de drogas não é punido, haja vista que, as condutas que possibilitam o consumo (adquirir, guardar, transportar) incidem no disposto no art. 33 da Lei de Drogas. Mesmo aquele que pretende utilizar a droga intimamente, terá que adquiri-la, guardá-la ou transportá-la (TORON, 1991, p. 43). Desse modo, gera-se uma espécie de criminalização pela adicção (CARVALHO, 2016) ou pelo mero consumo, gerando um emaranhado entre o aspecto criminal e sanitário da problemática das drogas.

#### 4 NULIDADE DAS PROVAS E DO FLAGRANTE

7 BRASIL. Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006. “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Ao debater acerca da inviolabilidade do domicílio, acaba-se adentrando, não apenas nas consequências fáticas, como também nas consequências processuais da violação do domicílio. Nesse ponto, é necessário analisar a legalidade das provas obtidas na ocorrência de flagrante que inobserva o procedimento previsto pelo STJ.

Ressalta-se que a violação de domicílio deve ocorrer apenas nos casos em que houver indícios precisos de ação criminosa no local (OLIVEIRA, 2020). Dessa forma, caso sejam encontrados indícios de autoria e materialidade da conduta delitiva durante a invasão ao domicílio, tais elementos se revestiriam em provas ilegais, ensejando a inutilização das provas para o juízo condenatório (SOUTO, 2019).

Levando em conta a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, que afirma que as provas ilícitas acabam tornando ilícitas as demais provas delas oriundas (DEZEM, 2008), eventual apreensão de drogas e demais elementos que indiquem a prática do delito de tráfico de drogas torna-se ilícita quando ocorre em violação ao domicílio, configurando nulidade.

Em regra, o ingresso dos agentes de segurança no domicílio deverá ser realizado através de mandado, observando o disposto no art. 243 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)<sup>8</sup>. Ainda, não há previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de autorizar a busca domiciliar diante da mera concordância informal do indivíduo abordado (CAVALCANTI, [2014]). Isso se dá, na tentativa de evitar eventuais constrangimentos e coações advindos da força coercitiva, assegurando a proteção constitucional.

Por muito tempo, os tribunais entenderam a existência de possibilidade de mitigação da inviolabilidade do domicílio através de meras suspeitas da prática criminosa (BRASIL, 2019)<sup>9</sup>. Frequentemente, tais decisões legitimavam uma atitude

8 BRASIL, Decreto-Lei nº 3689,03 de outubro de 1941. Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

9 BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (2. câmara criminal). Apelação Criminal 70082176256. Relator: Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, 17 dez. 2019.

desenfreada por parte dos agentes coercitivos, possibilitando a extensão da configuração do flagrante mesmo sem a expressa autorização ou fundadas razões para o ingresso policial. De forma geral, tal posicionamento gerava um impasse entre a previsão constitucional e a realidade da norma aplicada.

Nesse ponto, cabe ressaltar que em março de 2021 houve relevante alteração no entendimento com relação ao procedimento adotado durante os flagrantes domiciliares firmado pelo STJ no Habeas Corpus nº 598051 / SP (2020/0176244-9).

Assim é imperiosa a exigência dos agentes estatais no registro detalhado da operação de ingresso em domicílio alheio, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de testemunhas tanto do livre assentimento quanto da busca, em auto circunstanciado.

Diante disso, observa-se a necessidade de produção de prova documental atestando a concordância do investigado ante o ingresso dos agentes policiais. Resta evidente que, sob a visão do Tribunal, mera concordância informal, baseada exclusivamente na palavra dos agentes policiais, não configura prova apta a atestar a legalidade da operação (RENTZ, 2021).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a mera suspeita de um crime permanente não é suficiente para autorizar a entrada de policiais no domicílio do indivíduo. Desse modo, reiterando a necessidade de comprovação de fundadas razões de que há um delito sendo cometido no local.

HABEAS CORPUS. ARTS. 33, 35 E 40, III, DA LEI N. 11.343/2006 E 12 DA LEI N. 10.826/2003. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. OCORRÊNCIA. FALTA DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA OU CONTEXTO FÁTICO APTO A SUBSIDIAR A CONVICÇÃO OU MESMO FUNDADA SUSPEITA DA PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE NO LOCAL. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA (APREENSÃO DE DROGA E ARMA DE FOGO) E DAQUELAS QUE DELA DERIVARAM. REVOGAÇÃO DA PRISÃO 1. Esta Corte tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente a ocorrência de um crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido para assim justificar a entrada na residência do agente.

2. No caso, verifica-se que o ingresso no domicílio do paciente foi amparado tão somente em denúncia anônima, sem referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas a indicar que se tratava de averiguação de comunicação robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local.

3. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da violação de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato, revogando-se a prisão preventiva do paciente, salvo se por outras

razões estiver detido (Processo n.5005205-21.2021.8.21.0165, em curso na Vara Judicial da comarca de Eldorado do Sul/RS).<sup>10</sup>

Diante do entendimento estabelecido pela corte superior, mesmo ante à classificação do tráfico de drogas como crime permanente, não é autorizada a violação do domicílio, ante meras suspeitas. Nesse ponto, reitera-se a necessidade de comprovação de investigação prévia e elementos concretos para que a caracterização do flagrante seja razoável, incidindo na entrada no domicílio do flagrado.

## **5 A ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NA COMARCA DE MONTENEGRO/RS**

Após estabelecida a análise doutrinária e jurisprudencial acerca da temática da pesquisa, foi iniciada a análise de casos de tráfico atendidos pela Defensoria Pública durante o segundo semestre de 2021.

Em um primeiro momento, foram filtrados junto à Central de Serviços Integrados da instituição todos os processos que tiveram sentença nas varas criminais da Comarca de Montenegro no período entre 01 de julho de 2021 e 31 de dezembro de 2021.

Na fase de análise dos dados, foi observada a matéria da qual tratavam os processos obtidos, constatando-se que 35 tratavam-se de delitos de tráfico de drogas em geral. A seguir, foi analisada a quantidade de alegações de violação do domicílio dentre os 35 processos selecionados para o estudo, com base nas teses defensivas elaboradas pela Defensoria Pública em alegações finais.

Dos processos apurados nesse estudo, 11 apresentaram alegação de nulidade. Em uma análise proporcional, constatou-se que, em 31,4% dos processos com atuação da Defensoria Pública durante o período estudado, houve alegação de nulidade em relação às situações potencialmente violadoras do domicílio.

Com relação à apreciação da nulidade arguida nos processos em análise, constatou-se que em todos os casos a alegação de nulidade foi indeferida. Diante da

<sup>10</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão Processo n. 5005205-21.2021.8.21.0165**. Sebastião Reis Júnior. 2022.

posição absoluta do juízo de primeiro grau, buscou-se entender os fundamentos que levaram ao indeferimento da nulidade arguida.

Com relação à fundamentação das decisões, ressalta-se que o juízo, em todos processos analisados, indeferiu a nulidade arguida com base no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, )<sup>11</sup>. O tribunal determinou que na hipótese de crime permanente é justificada a entrada de policiais militares no domicílio do flagrado, mesmo sem a apresentação de mandado de busca e apreensão no local. Além disso, as decisões constaram, em segundo plano, menções a "atitudes suspeitas" por parte dos acusados, mesmo que, segundo entendimento do STJ, não seja argumento válido para a configuração do flagrante.

Ademais, ressalta-se que as decisões sequer mencionaram o entendimento jurisprudencial estabelecido pelo STJ em função da necessidade de prova documental e fundadas razões para o ingresso dos agentes policiais no domicílio. Conseqüentemente, o ingresso policial não observou o consentimento formal, muito menos, a descrição detalhada definida como exigência pelo STJ no julgamento do Habeas Corpus nº 598051 / SP (2020/0176244-9).

Assim, o entendimento do TJ-RS foi utilizado de forma abrangente, colocando o enquadramento do delito de tráfico como crime permanente em patamar superior à necessidade de consentimento formal e prova documental para a entrada no domicílio. Desse modo, a violação ao domicílio e ao entendimento firmado pelo STJ foi legitimada pelo entendimento do TJ-RS, sendo utilizada de forma uniforme para o indeferimento da nulidade pela violação do domicílio.

11 BRASIL, Apelação Criminal, Nº 70084608892, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 22-04-2021. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR. NULIDADE DA PROVA OBTIDA. IMPROVIDA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. MÉRITO. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DAS VETORIAIS NEGATIVAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPROVIDO. PÓRTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, DE OFÍCIO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESCLASSIFICADO ENQUANTO CRIME AUTÔNOMO. MAJORANTE DO ART. 40, INC. IV, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS. INCABIMENTO. 1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.(...). 2. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO POR POLICIAIS MILITARES. IMPROVIDO. O crime de tráfico de drogas é crime permanente, o que enseja o prolongamento no tempo da situação de flagrância e, portanto, não há falar em ilegalidade na apreensão se ela é realizada no domicílio do denunciado sem mandado judicial. (Supremo Tribunal Federal, no RE 603616). 3. (...)PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO CRIME DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA.

Com o intuito de estabelecer em quais locais ocorreram situações supostamente violadoras da garantia constitucional à inviolabilidade do domicílio, foi realizado um levantamento dos bairros mencionados nas denúncias dos processos analisados.

Logo, o Bairro 5 de Maio e o Bairro SENAI lideraram as menções. Manifestamente, notou-se que os locais obtidos mediante a análise tratam-se de bairros com população majoritariamente hipossuficiente. Nesse aspecto, há uma relação particular entre a realidade da comarca de Montenegro e a construção histórica do punitivismo no Brasil. Isso acaba por evidenciar as classes sociais mais afetadas pela atuação da política criminal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção social da política de drogas, em sua concepção, se relaciona com uma visão excludente e desumanizada acerca dos indivíduos incidentes nos delitos abarcados pela lei em questão, baseando a atuação no sistema proibicionista. Então, verifica-se que a confusão gerada pelos tipos penais em questão, bem como a configuração do delito de tráfico como crime permanente contribuem para uma aplicação seletiva da lei penal.

Passou-se a analisar a ilegalidade das provas obtidas durante o flagrante violador das garantias constitucionais e a necessidade de devida fundamentação para o ingresso dos agentes policiais. A seguir, foi mencionado o entendimento dos tribunais superiores acerca da legalidade do ingresso no domicílio, além dos requisitos necessários para que a entrada se revista de legalidade.

O estudo quanto às alegações de inviolabilidade de domicílio demonstrou relação intrínseca com a questão da política criminal de drogas no Brasil. Observa-se que, por mais que a visão firmada pelo Superior Tribunal de Justiça exija requisitos para o ingresso policial no domicílio do flagrado, a lógica punitivista permanece enraizada no entendimento do juízo de primeiro grau.

Ao constatar que a nulidade pela violação do domicílio, na totalidade dos casos analisados, foi indeferida e, ainda, sob a mesma fundamentação, é evidenciada a visão uniforme aplicada pelo juízo de primeiro grau da comarca de Montenegro,

incidindo em uma avaliação genérica por parte da atuação judicial. Seja através de denúncia anônima, investigação prévia ou patrulha de rotina, cada abordagem policial, bem como cada ocorrência, tem sua particularidade, razão pela qual é necessário apontar a problemática constante em decisões de caráter tão padronizado.

Diante dos dados expostos, restou evidente que o entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ no julgamento do Habeas Corpus nº 598051 / SP (2020/0176244-9) no sentido de exigir prova documental e fundadas razões para a violação do domicílio não obteve qualquer efeito nas decisões da comarca de Montenegro/RS. De forma notável, as decisões não mencionaram o consentimento formal e o detalhamento da operação definidos pelo STJ.

A referida decisão não foi mencionada na fundamentação das sentenças, que se limitaram a referenciar genericamente um entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse ponto, resta evidenciado que a aplicação genérica do entendimento do segundo grau de jurisdição foi utilizada como mecanismo de legitimação da violação do direito fundamental ao domicílio.

No entanto, conforme mencionado anteriormente, em 2022 o Superior Tribunal de Justiça fixou novo entendimento que contrapõe a fundamentação do juízo de primeiro grau da comarca de Montenegro/RS. Não bastasse a doutrina que questiona a legalidade do flagrante em situação de crime permanente, o novo entendimento do STJ é preciso ao afirmar que a mera ocorrência do crime supramencionado, por si só, não é suficiente para a configuração de situação autorizadora para o ingresso de policiais militares, sendo exigida produção probatória e investigação prévia para que o flagrante se revista de legalidade. O flagrante é, sem dúvidas, uma situação excepcional.

Ao referir-se à proteção ao domicílio como um direito fundamental, é pressuposto um poder quase absoluto sob tal garantia. O domicílio, enquanto manifestação da vida privada de um indivíduo, não deve ser violado arbitrariamente.

É notável que as ocorrências de tráfico e, conseqüentemente, de violação do domicílio em razão desse, ocorreram em bairros socialmente vulneráveis do município de Montenegro/RS. Embora o estudo não tenha apurado detalhadamente a questão socioeconômica incidente nos delitos do art. 33 da Lei 11.343/06 na

comarca, há uma relação evidente entre a violação do domicílio e locais específicos. Isso remonta à doutrina exposta nesta pesquisa, quanto à atuação dos agentes da segurança pública e do poder judiciário na mitigação de direitos fundamentais de indivíduos marginalizados.

Nesse ponto, identifica-se a falha da política criminal, ao causar, mesmo em uma amostra pequena, uma série de situações potencialmente violadoras com relação à intimidade dos indivíduos. Seja por interesses políticos, criminais ou sociais, é importante, ao menos, trazer à tona uma reflexão quanto à incidência de restrição de direitos a uma determinada camada da população.

O que se discute é uma revisão da política criminal de drogas, buscando uma abordagem mais condizente com os ditames constitucionais, a partir da análise exemplificativa de casos que ocorreram na mencionada comarca. E, para a proposição de um sistema eficaz quanto à problemática das drogas, é necessário, primeiramente, uma análise crítica em relação ao cotidiano das comarcas e o impacto social dessas medidas e decisões.

Portanto, identifica-se a necessidade de ponderações quanto à eficácia da Lei de Drogas tanto no aspecto criminal, quanto no aspecto sanitário. Ao identificar a incidência de situações de abuso estatal, bem como a ineficiência do dispositivo legal na diminuição da violência, da criminalidade e do encarceramento, é evidente que o modelo atual é falho. Somente mediante uma abordagem humanizada ao acolher um problema, não apenas criminal, mas histórico, político, sanitário e social, é possível construir um cotidiano seguro e igualitário.

## REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. **Rede de Justiça Criminal: discriminação de gênero no sistema penal**, v. 9, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (2. câmara criminal). **Apelação Criminal 70082176256**. Relator: Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, 17 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (3. câmara criminal). **Apelação Criminal 70084608892**. Relator: Rínez da Trindade, Porto Alegre, 22 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL **Decreto-Lei nº. 3689, de 03 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão Processo n. 5005205-21.2021.8.21.0165**. Sebastião Reis Júnior. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598.05**. Relator: João Otávio de Noronha, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923730530/habeascorpus-hc-598051-sp-2020-0176244-9>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARVALHO, Salo D. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 18, p. 74-88, 2016.

CAVALCANTI, Cristóvão. [2014]. Manuscrito.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL -DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –Infopen**. Brasília, DF: DEPEN, 2020. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>. Acesso em: 28 maio 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. São Paulo: Millenium, 2008.

FOGAÇA, Maurício Luciano. **Reflexões de um policial militar sobre o custo econômico da política criminal de drogas na cidade de Curitiba-PR**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2018.

GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LIRA, Maria Teresa Dias. **A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas**. 2020. 27f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Brasília, DF, 2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010.

MATOS, Lucas Vianna; DE AQUINO BARRETO, Ana Luisa Leão. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico

de drogas em Salvador-BA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 165, n. 2020, p. 245-271, 2020.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Sociedade e estado**, v. 26, n. 1, p. 15-27, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso *et al.* **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil**: discussão de modelos alternativos. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

POTTER, Hillary. Criminologia interseccional: interrogando identidade e poder na pesquisa e teoria criminológica. **Criminologia Crítica**, v. 21, n. 3, p. 305-318, 2013.

PRADO, Daniel Nicory do. Prisão em flagrante em domicílio: um olhar empírico. **Revista Direito GV**, v. 16, 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Princípios do processo penal brasileiro**. [S. l.: s. n.], 2019.

RENTZ, Nikolas Unger. **Violabilidade de domicílio em casos de suspeita de flagrante delito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 544-562, 2013.

SILVA, Fabrício Amaral. Os Crimes Permanentes e a Inviolabilidade do domicílio. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, v. 1, n. 01, p. 1-20, 2021.

SOUTO, Fabiana Vergílio. Prisão em Flagrante: Notas Acerca da Inviolabilidade do Domicílio Ante a Suspeita de Tráfico de Drogas. In: *Colloquium Socialis*, p. 43-51, 2019.

SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TORON, Alberto Zacharias. A Proteção Constitucional da Intimidade e o Art. 16 da Lei de Tóxico. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 43-65, jul./set., 1991.

VIEIRA, Patrick et al. **O crime permanente e a denúncia anônima: a entrada do agente policial no domicílio do suspeito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

ZACARIAS, Bruno Daminello. Lei de Drogas é acusada de encher prisões sem acabar com o tráfico. **Gazeta do Povo**, [S. l.], p. 1-1, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/lei-de-drogas-pode-mudar/#:~:text=Dos%20mais%20de%20700%20mil,207.487%2C%20segundo%20levantamento%20do%20Infopen>. Acesso em: 28 maio 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Marcelo Machado dos. **A (im) possibilidade do cumprimento do mandado de busca e apreensão em horário noturno no combate ao tráfico de drogas à luz da inviolabilidade domiciliar**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, 23 de agosto de 2006.