

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

LIMITES CONSTITUCIONAIS À INVASÃO DE DOMICÍLIO NOS CASOS DE  
FLAGRANTE POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: Análise da  
imprescindibilidade do mandado judicial na Corte Norte Americana e da prática  
judicial de aceitação do flagrante em crime permanente na Cidade de Salvador  
(2012)

Flaviane Montalvão Siqueira

Brasília

2013

Flaviane Montalvão Siqueira

LIMITES CONSTITUCIONAIS À INVASÃO DE DOMICÍLIO NOS CASOS DE  
FLAGRANTE POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: Análise da  
imprescindibilidade do mandado judicial na Corte Americana e da prática  
judicial de aceitação do flagrante em crime permanente na Cidade de Salvador  
(2012)

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientador: Evandro Charles Piza Duarte

Brasília

2013

Folha de aprovação

LIMITES CONSTITUCIONAIS À INVASÃO DE DOMICÍLIO NOS CASOS DE  
FLAGRANTE POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: Análise da  
imprescindibilidade do mandado judicial na Corte Americana e da prática  
judicial de aceitação do flagrante em crime permanente na Cidade de Salvador  
(2012)

Flaviane Montalvão Siqueira

Matrícula: 09/0042964

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientador: Evandro Charles Piza Duarte

Brasília, 11 de dezembro de 2013

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte (UnB)

Orientador

---

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (UnB)

---

Prof. Mestrando Rafael Garcia de Deus (UnB)

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a oportunidade que me foi dada de estudar em uma Universidade como a UnB. Os cinco anos que passei, não só na Faculdade de Direito, mas na Biblioteca Central (BCE), nos corredores do famoso ICC (“minhocão”), no Restaurante Universitário e agora, no último ano, nas pistas do Centro Olímpico correndo, conhecendo pessoas incríveis e ganhando a oportunidade de representá-la em uma competição, foram sem dúvidas o período mais intenso da minha vida.

Agradeço aos meus pais, Wânia e Luiz, cada um a seu modo, por me darem todo o apoio possível para percorrer esse caminho. A minha mãe, em especial, por fazer todo o esforço possível para que eu pudesse sair de minha cidade natal e estudar em uma boa faculdade. Compartilho com ela, não só os sonhos, mas também os méritos e conquistas. Não tenho meios para agradecer por toda a fé, cumplicidade e paciência que ela depositou em mim.

Aos meus irmãos, Gustavo e Ricardo, meus melhores amigos e companheiros seja no riso ou nas lágrimas. Não posso deixar de agradecer, ao meu tio, do qual não compartilho o sangue, mas compartilho o coração, Vander. Obrigado não só pelas inúmeras caronas entre Brasília e Anápolis, sem as quais eu não conseguiria estar em todas as aulas, mas também pelas horas de conversa na estrada.

Não posso esquecer de agradecer, a minha “mãedrinha” Márcia que nos deixou em junho desse ano. Meu amor, gratidão e respeito estarão a seu lado sempre e em qualquer lugar.

Agradeço também aos amigos feitos durante a faculdade. Caroline, Bárbara, Gabriela, Andréia, Paula (sisters) e Sandra, meninas incríveis nas quais eu me espelho nos mais variados sentidos. Não posso esquecer do grupo formado durante a greve de 2010, Alice, Kadu, Fábio e Daniel, em especial aos dois primeiros. Alice, a irmã que eu encontrei pelo caminho, e com a qual compartilhei inúmeras tristezas e alegrias. Kadu, companheiro de bar, ciladas e histórias intermináveis, com o qual eu aprendi

uma importante lição: limites não existem. Torço para que venham muitos cinco anos como os que eu vivi ao lado de vocês. Que estejamos sempre juntos.

Agradeço, do mesmo modo, a minhas companheiras de apartamento: Débora, Ellen e, em especial, a Priscila, minha colega de quarto, que me ajudou muito nos últimos meses de estudo e oscilações de humor. Não poderia encontrar pessoas melhores e tão pacientes como vocês. Sou grata também a uma pessoa especial que encontrei no difícil último mês. Obrigada por fazer meus dias mais felizes e leves.

E, por fim, como não poderia esquecer, agradeço ao meu orientador, Professor Evandro, que me possibilitou fazer parte e ajudar em sua pesquisa sobre os elementos de suspeição e atividade policial. Sou grata pela paciência que sei que demandei pela falta de experiência acadêmica. Com a leitura dos casos compreendi uma das lições mais importantes de toda a faculdade: direitos individuais não são nada mais que letra morta se não efetivados nas práticas cotidianas, o que impõe a luta para que essa situação não persista.

**Era só mais uma dura  
Resquício da ditadura  
Mostrando a mentalidade  
De quem se sente autoridade  
Nesse Tribunal de Rua**

**Marcelo Yuka**

**À minha mãe, minha vó e minha madrinha (in memoriam). Mulheres guerreiras que enfrentaram muitos desafios para que eu pudesse me graduar em direito.**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a doutrina construída a respeito da prisão em flagrante no tráfico de drogas, se tal hipótese, permite ou não a entrada em domicílio sem mandado judicial. Será traçado um paralelo entre a doutrina e jurisprudência brasileira e americana. Analisar-se-á as exceções previstas na Quarta Emenda norte-americana e como elas foram desenvolvidas historicamente pela jurisprudência. O ponto principal é o estudo dos direitos decorrentes da inviolabilidade do domicílio, e de que maneira os policiais, juízes e doutrinadores vem utilizando essas construções jurídicas. Pretende-se, com isso, avaliar como o direito americano pode influenciar ou não o direito pátrio. Com esse enfoque, foi realizado levantamento doutrinário e jurisprudencial nos dois países, sublinhando-se que no Brasil, analisou-se uma amostra de processos recolhida nas 1º e 2º Varas Criminais de Salvador/BA, traçando-se ao longo dos capítulos críticas relativas a cada um deles.

**Palavras-chave:** Invasão de Domicílio, Prisão em flagrante, Abordagem Policial, Elementos de Construção da Suspeição, Tráfico de Drogas, Direitos do Acusado, Processo Penal.



## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the doctrine built about the arrest in flagrante in the drug trade, if such circumstances allow or disallow entry into the home without a warrant. Is drawn a parallel between the doctrine and the Brazilian and American jurisprudence. Exceptions under the Fourth Amendment and the U.S. as they were developed historically by the case - will be analyzed. The main point is the study of the rights arising from the inviolability of the home, and how the police, judges and legal scholars have been using these legal constructs. It is intended, therefore, to assess how U.S. law may influence whether or not the paternal law. With this approach , was conducted doctrinal and jurisprudential survey in two countries, stressing that in Brazil, we analyzed a sample of cases collected from the 1st and 2nd Criminal Courts Salvador/ BA , if tracing throughout the chapters criticism of each of them.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1 A PRISÃO EM FLAGRANTE NO BRASIL.....</b>	<b>18</b>
1.1 A prisão em flagrante e suas hipóteses levantadas pela doutrina.....	18
1.2 O flagrante nos crimes permanentes como o do art. 33 da Lei 11.343/2006.....	23
1.2.1 Uma limitação constitucional do conceito de prisão em flagrante nos crimes permanentes.....	26
1.3 A jurisprudência brasileira sobre o tema.....	30
1.3.1 Precedentes brasileiros: buscando a justificção constitucional da busca com mandado.....	33
<b>2 A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA NORTE AMERICANA E AS HIPÓTESES DE BUSCA SEM MANDADO</b>	
2.1 Breve introdução sobre o Civil Law e o Common Law.....	38
2.2 A Quarta Emenda à Constituição Americana.....	39
2.3 A inviolabilidade e a intimidade: proteção de casas ou pessoas.....	41
2.4 A Corte Americana e as decisões correlatas ao tema da prisão em flagrante.....	43
2.5 O caso <i>Johnson v. United States</i> .....	48
2.6 A violação à Quarta Emenda e a regra de exclusão de provas.....	53
2.7 O Tráfico de Drogas nos Estados Unidos.....	58

<b>3 ELEMENTOS DE SUSPEIÇÃO NA ATIVIDADE POLICIAL: Análise de uma amostra recolhida na cidade de Salvador/BA.....</b>	<b>60</b>
.....	
3.1 O Tráfico de Drogas e sua demonização pela sociedade.....	61
.....	
3.2 Descrição e análise dos processos colhidos nas 1º e 2º Varas Criminais de Salvador.....	65
.....	
3.3 O elemento suspeito na abordagem policial.....	79
3.3.1 Dados relativos à prisão em flagrante na amostra de Salvador.....	80
.....	
3.3.2 Falas dos policiais nos Grupos Focais de Salvador.....	82
.....	
3.3.3 Conclusões preliminares sobre os dados recolhidos.....	85
.....	
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>88</b>
.....	
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>93</b>
.....	
<b>ANEXO A</b> Questões referentes ao questionário aplicado aos processos das 1º e 2º Varas Criminais de Salvador/BA.....	<b>97</b>
.....	
<b>LISTA DE GRÁFICOS</b>	
Gráfico 01 – Classificação racial dos acusados.....	81
Gráfico 02 - Horário de realização das prisões em flagrantes.....	82
Gráfico 03 – Quem realizou o flagrante?.....	83

## **INTRODUÇÃO**

A presente monografia analisa uma das inúmeras situações que integram um problema maior, a política de controle do consumo de drogas

consideradas ilícitas. As substâncias entorpecentes, ao longo dos séculos, foram utilizadas pelos indivíduos nas mais diversas situações. A penalização ocorreu quando o uso tornou-se um problema de saúde pública. No entanto, a tentativa de solução dada ao problema tornou-se obsoleta diante da complexidade das relações sociais atuais, tendo causado efeitos até mesmos opostos aos que se pretendia, aumentando o uso e a comercialização das drogas (BOITEUX, et. al., 2009).

A atual política dominante está marcada pelo modelo da Guerra contra às Drogas que, a pretexto de combater a presença de determinadas substâncias em nossa sociedade, termina por declarar guerra a uma parcela de seus integrantes. Porém, não há que se falar em demonização das drogas, de seus usuários e de todos que estão dentro desse ciclo. O crime deve receber as mesmas garantias constitucionais que os demais comportamentos humanos. Além disso, uma política pública eficiente, como comprovado em outros países, trabalharia em sua descriminalização para atingir todo o sistema, em detrimento da atuação do sistema penal vigente, que por se basear em seletividade, captura apenas o pequeno traficante, retroalimentando o crime. Isso porque os grandes traficantes com a política pública atual são raramente atingidos. Da mesma forma que os mercados financeiros que gerenciam e financiam a produção. (JESUS, et. al., 2011)

A guerra contra as drogas sofre de uma insensatez intrínseca. Foucault (2009, p. 36)<sup>1</sup> explica que o sistema penal foi concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las. Tal assertiva encontra-se intimamente ligada com a contemporaneidade. A gestão do tráfico e do consumo pelo sistema penal produz efeitos negativos sobre a sociedade e sobre os consumidores, provocando um aumento da violência institucional na gestão dos conflitos sociais existentes nas grandes cidades e diminuindo a possibilidade de diminuição dos problemas referentes à saúde pública.

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão* (em português). 36ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. pg 36.

O direito penal e o direito processual penal, ligados à Constituição, devem zelar pela preservação da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência dos acusados. Ele não deve ser utilizado para a criação de elementos discricionários para embasar a suspeição e a ação dos agentes estatais, e posteriormente, a condenação dos réus.

Com efeito, não cabe ao direito penal a todo custo, eliminar as ilegalidades. Explica-se. Para essa parcela do direito, intimamente ligada aos direitos individuais, é melhor não punir um culpado do que punir um inocente, aceitando-se que sempre haverá falhas. O Estado Democrático de Direito possui limitações principiológicas e legais. Não se pode entrar na esfera dos direitos do cidadão ainda que ele tenha ou possa ter cometido algum crime. Nesse contexto, o direito à inviolabilidade do domicílio, a não autoincriminação, e o próprio princípio da presunção de inocência, dentre outros, devem ser garantidos. Tal fato é fundamental e base para um Estado que se insere no paradigma dos Estados Democráticos e de Direito. (LOPES Jr., 2011).

A prisão em flagrante tem como finalidade a cessação do delito. Seu o objetivo principal é fazer com que a violação do bem jurídico protegido pelo tipo penal encerre-se (TÁVORA, 2012). Existem inúmeros tipos de flagrantes definidos pela doutrina. No entanto, a tese que será exposta é que apenas o flagrante próprio, especialmente nas situações percebidas diretamente pelos sentidos daquele que realiza o flagrante e nos casos em que haja uma lesão direta a outro direito fundamental, permite, no Brasil, a entrada dos policiais no domicílio do acusado. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma clara violação de domicílio.

Essa interpretação é condizente teleologicamente com a Constituição Federal Brasileira uma vez que, o flagrante que permite a entrada em domicílio sem mandado está ao lado de situações excepcionais tais como o desastre e para prestar-se socorro. Desse modo, somente em situações extraordinárias, em que o juiz não pode expedir o mandado pela urgência do fato, é que se permitiria a entrada dos policiais. (GRANDINETTI, 2009).

No entanto, não é isso que se denota da prática da abordagem policial e de todos os procedimentos processuais penais subsequentes, pelo estudo depreendido. Caso a caso, será visto como os policiais, em sua atuação cotidiana sob a chancela do combate ao tráfico de drogas, além de entrarem na casa alheia sem autorização judicial baseados em denúncias anônimas, levam os suspeitos até a casa, e a invadem, embasados apenas na premissa de que o crime discutido é permanente, o que em tese, faria estar sempre presente o flagrante.

Tem-se, então, que a autorização do artigo CITAR ARTIGO do Código de Processo Penal é reproduzida sem que haja ao menos sua contestação. O que se vê é a perpetuação das violações de direitos constitucionais. Nem todos os crimes permanentes, apenas porque a doutrina assim os classifica, justificariam a excepcionalidade diante da regra constitucional que impede a violação do domicílio.

Não obstante, as provas e prisões ocorridas com violação de domicílio no contexto acima delineado não são, na maior parte das vezes, consideradas ilícitas. Os juízes brasileiros, como parecem demonstrar as decisões dos tribunais superiores e a amostra pesquisada, nem ao menos discutem essas questões quando prolatam suas decisões e sentenças, diferentemente do que parece ocorrer nos Estados Unidos.

De fato, na doutrina e na jurisprudência americanas a questão da inviolabilidade de domicílio não cede espaço, sem que haja ao menos argumentação, frente ao combate ao tráfico e uso de drogas. Em um primeiro momento, as hipóteses que permitem a entrada policial em domicílio ligam-se a situações excepcionalíssimas, em que não há a possibilidade de expedição de mandado. Ademais, o conceito de “expectativa de privacidade” dos cidadãos demonstra que a casa não é o único lugar em que o cidadão está protegido das incursões do Estado em sua liberdade. (SALTZBURG e CAPRA, 1996)

A linha de raciocínio a ser adotada no trabalho objetiva, através da exposição dos casos, entender como no processo penal, os direitos constitucionais, as hipóteses de crime de tráfico, a suspeição e a prisão em

flagrante relacionam-se na prática cotidiana dos agentes estatais, principalmente os policiais, e os juízes.

Quanto à forma de abordagem, serão descritos como os institutos são delineados doutrinariamente. Desse modo, a definição de termos específicos do direito penal e processual penal será fundamental, já que serão os pressupostos teóricos que embasarão o trabalho, facilitando a compreensão do texto.

A presente monografia tem como objetivo demonstrar que não há flagrante no crime de tráfico de drogas no Brasil quando os policiais, baseados em denúncias anônimas, ou, em ações de policiamento ostensivo, entram no domicílio dos acusados, desmunidos de autorização judicial. Desse modo, sugere-se que o debate da doutrina americana, considerando as provas e prisões ilícitas, por serem obtidas através da entrada policial em domicílio não baseada em uma “causa provável” (ANDERSON e GARDNER, 2013), pode ser aplicado aos casos brasileiros. Para isso, far-se-á a análise do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte Americana, fazendo um paralelo com casos julgados no Brasil, especificamente nas Varas Criminais de Salvador.

Ressalta-se que a análise dos processos das Varas Criminais de Salvador só foi possível pela aplicação de questionário referente à pesquisa, ainda não publicada, do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”, dirigida pelo Professor Evandro Piza Duarte.

No primeiro capítulo, abordar-se-á como o instituto da prisão em flagrante é regido legalmente no Brasil, bem como, a doutrina o divide em diversas espécies. Será enfatizada a hipótese de flagrante nos crimes permanentes, como o tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), buscando-se formas de interpretações condizentes com a Constituição Brasileira. Igualmente, mostrar-se-á como o flagrante, o crime permanente e a entrada



policial sem mandado em domicílio alheio vêm sendo discutidos pela jurisprudência pátria.

As questões propostas nesse capítulo são: entender como a doutrina e jurisprudência brasileira compreendem os conceitos de prisão em flagrante, crime permanente, invasão de domicílio; como os institutos são aplicados pela jurisprudência pátria, e por fim, como eles devem ser interpretados respeitando a ordem constitucional vigente.

No segundo capítulo, traçar-se-á um paralelo com a evolução da doutrina e jurisprudência americana, mostrando-se casos concretos em que as hipóteses de busca sem mandado foram discutidas pela Corte Americana, ressaltando-se, nesse contexto, a importância da Quarta Emenda Constitucional e dos conceitos de “expectativa de privacidade” e “causa provável”. Será apontado, ainda, como tais prisões e buscas sem mandado, uma vez consideradas desarrazoadas, são consideradas ilegais em sua origem.

Propõe-se nesse capítulo entender como a entrada em domicílio sem mandado vem sendo aplicada pelos policiais americanos, e quais, são as hipóteses em que a Corte Americana a considera ilícita, bem como, como tais entendimentos podem ser transpostos a casos brasileiros, objetivando-se o respeito aos direitos dos acusados.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita a análise de como os elementos de suspeição no crime de tráfico de drogas influenciam na discricionariedade da abordagem policial. Exemplificar-se-á através da amostra colhida na cidade de Salvador/BA. O objetivo é compreender como a chamada guerra às drogas, acaba na prática relativizando direitos individuais.

Busca-se nesse capítulo elucidar como a guerra ao tráfico de drogas influencia as estruturas processuais penais, relativizando os direitos dos acusados, os quais são diferenciados por estigmas de suspeição. Isso será demonstrado através da descrição crítica de processos colhidos nas Varas Criminais de Salvador Bahia, bem como através dos discursos dos policiais que realizam as prisões em flagrante.



## **CAPÍTULO 1. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO BRASIL**

Nesse primeiro capítulo, referente à prisão em flagrante no Brasil, será apontado como a lei dispõe acerca dessa espécie de prisão. Ademais, será frisado como suas espécies são classificadas doutrinariamente, dando-se relevância a dois tipos de flagrante, o chamado flagrante próprio, e o flagrante nos crimes chamados permanentes, como o tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.433/2006) e a extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP).

Nessa segunda hipótese, serão buscadas formas de adequar os dispositivos infraconstitucionais à Constituição Federal. O objetivo é buscar uma limitação constitucional do conceito de prisão em flagrante nos crimes permanentes. Questiona-se se todas as espécies de crime permanentes poderiam ensejar a entrada policial em domicílio sem expressa autorização judicial, ou se ela só poderia ser legal em determinadas situações. Com esse fulcro, mostrar-se-á como o flagrante, o crime permanente e a entrada policial sem mandado em domicílio alheio vêm sendo discutido pela jurisprudência pátria.

### **1.1 A prisão em flagrante e suas hipóteses levantadas pela doutrina**

A prisão em flagrante, para Aury Lopes Jr. (2013, p. 50) com as reformas advindas com a Lei 12.403/2011, não pode mais ser tratada como uma medida cautelar. Ela caracteriza-se por sua precariedade, não tendo como fim a garantia de resultado do processo, nem uma punição prévia, mas sim, o encerramento da execução do crime. Há nesse instituto um caráter pré-cautelar, ou seja, ele é apenas um instrumento que garantiria a aplicação futura de outras medidas, sendo, portanto um instituto autônomo. Isso ocorre pelo fato dele ser independente da prisão preventiva, a qual tem critérios de aplicação diversos daquela.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>(BANACLOCHE PALAO , 2012, p. 292 apud Aury , 2013, p. 50).

Adotando a classificação de Aury, a medida pré-cautelara, ora em análise, tem natureza pessoal que pode ser tomada tanto por particulares como pelas autoridades policiais sem a necessidade de um mandado judicial.

Os arts. 302 e 303 do Código de Processo Penal estabelecem as hipóteses de prisão em flagrante, in verbis:

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

I - está cometendo a infração penal;

I - acaba de cometê-la;

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

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

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

A prisão em flagrante tem propósitos específicos. Não se justifica sozinha, não podendo ser utilizada como um fim em si mesmo representando uma antecipação de uma futura pena a ser imposta mediante um processo (LOPES Jr., 2013, p. 52).

A pretensão é que seja encerrada a violação aos bens jurídicos atingidos pelo delito. Desse modo, a prisão anterior ao processo só poderá ser efetivada quando necessária à neutralização de riscos que não poderiam ser de outra forma conduzida. Essa assertiva traduz o chamado princípio da excepcionalidade da prisão (BARRETO, 2009, p. 25).

A prisão em flagrante, ademais, no atual sistema processual penal transpõe a tensão existente entre princípios constitucionais. Se de um lado há a presunção de inocência do acusado, em outro lado há a necessidade de cessação do cometimento do delito (BOITEUX, et al., 2009, p. 31). Nesse sentido, fundamental é analisar o conceito de flagrante delito e como ele é

empregado na lei e mais importante, como ocorrer sua aplicação no cotidiano da justiça criminal.

Importante distinguir a prisão em flagrante do flagrante em si. O flagrante seria a situação fática em que a pessoa é encontrada quando é presa. A prisão em flagrante, a seu turno, é o ato perpetrado por quem prende, seja o autor policial ou não (FEITOZA, 2010, p. 880/881). A prisão justifica-se quando, com o objetivo de se fazer cessar a infração, captura-se o acusado com base em uma convicção aparente quanto à autoria e à materialidade. Tal convicção surge através do domínio visual dos fatos.

O flagrante ocorre quando há a visibilidade do delito. O flagrante capta as coisas no momento de sua ocorrência, assim o fato se subsume a percepção de quem observa, aos seus sentidos. Esse, se pertencente às estruturas estatais de repressão, terá o dever de tentar evitar a continuidade do delito. Caso seja particular, lhe restará uma faculdade.<sup>3</sup>

Fernando Capez (2000, p. 251) lembra que o termo flagrante advém do latim “flagrare”, significando em uma tradução literal, arder, queimar. No mesmo sentido, conceitua Mirabete (1997, p. 383) aduzindo que “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, por ser considerado a certeza visual do crime.”

A visibilidade seria, portanto, um requisito medular do flagrante delito. Para Carnelutti<sup>4</sup>:

“Flagrante é o delito enquanto constitui prova de si mesmo, e não a qualidade do ‘delito cometido atualmente’. De outra forma, todo delito seria flagrante, uma vez que qualquer infração penal tem sua atualidade. Mas o flagrante, não é atualidade, e sim visibilidade do direito.”<sup>5</sup>

Para Frederico Marques, (2000, p. 72) restou claro que:

“(...) flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente ilícita. Há, assim, ‘a certeza visual do crime’, pelo

<sup>3</sup> (CARNELUTTI, 1950, p. 77 apud Aury, 2013, p. 49)

<sup>4</sup> (CARNELUTTI, 1950, p. 55, apud Frederico Marques, 2000, p. 71)

<sup>5</sup> Pontua esse último autor, que a expressão “certeza visual do crime” foi cunhada pelo Desembargador Rafael Magalhães no Volume 3º da obra Código de Processo Penal Brasileiro Anotado publicada em 1952.

que a pessoa, que assiste à cena delituosa, pode prender o seu autor, conduzindo-o, em seguida à autoridade competente.”

Nota-se que o flagrante delito por essas conceituações ocorreria quando há um estímulo visual do crime, ou seja, o flagrante somente aconteceria quando o crime é visto por alguém. Para a caracterização do flagrante, não seria suficiente a intercorrência do delito, mas também, que ele seja visto enquanto ocorre. O delito deve, portanto, ser visível e atual (BARROS, 1982, p. 130).

O Código de Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência tentam conceituar várias espécies de flagrante. O chamado flagrante próprio seria aquele em que o acusado é surpreendido praticando o delito ou quando acaba de praticá-lo. (TÁVORA, 2012, p. 462).<sup>6</sup> Os incisos I e II, do art. 302 do CPP dispõem sobre essa modalidade de flagrante.

Outra espécie de flagrante é o chamado flagrante impróprio, aquele em que o agente é perseguido logo após o cometimento do crime, em situação que faça ser presumido que ele é o autor do delito. O art. 302, inciso III, do CPP, prevê essa hipótese. No inciso IV, do mesmo dispositivo, tem-se a espécie do flagrante presumido. Nessa, o acusado é preso com instrumentos que presumam que ele praticou o crime, logo após seu cometimento (TÁVORA, 2012, p. 463).

Há ainda mais duas hipóteses de flagrante: o esperado e o provocado. Ainda nas palavras de Nestor Távora (2012, p. 563) no flagrante esperado tem-se:

“O tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o início da execução delitiva, em que a polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (toaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados.”

---

<sup>6</sup> Importante lembrar que o Código de Processo Penal Brasileiro em vigor é anterior a Constituição Brasileira de 1988. A elaboração do CPP, em 1941, foi marcada pela influência de doutrinas totalitaristas. Nota-se que deve ser feita a interpretação do mesmo de acordo com os preceitos da CF atual, e não o contrário. Os conceitos nele prescritos não podem alargar hipóteses e limitações constitucionais.

Para Aury Lopes Jr. (2013, p. 64), essa modalidade de prisão tem sua legalidade ou ilegalidade medida a partir da análise dos casos concretos. Dependendo da situação, poderia ser caracterizado um crime impossível. Desse modo, quando a polícia fica em campanha, não instigando ninguém e apreende os indivíduos, a prisão seria ilícita.

No segundo caso, o agente comete o crime instigado ou induzido e por isso, é preso em flagrante. Contra esse entendimento, o STF editou a Súmula nº 145 estabelecendo que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O flagrante forjado, a seu turno, acontece quando a polícia manipula uma situação fática na tentativa de legitimar a prisão. A situação é falsa. Nesse caso, a prisão é ilegal em razão do fato de que não existe conduta do acusado (LOPES Jr., 2013, p. 63).

O chamado flagrante prorrogado está disposto no art. 8º da Lei 12.850/2013. Essa lei define a chamada ação controlada policial, em que os policiais observam o delito sendo cometido, mas estrategicamente retardam a prisão para que sejam presos o maior número de acusados. Távora (2013, p 565), diferencia essa hipótese do chamado flagrante esperado. Nesse, a polícia aguarda o início dos atos executórios de campanha e já realiza a prisão, enquanto naquele, mesmo depois de presenciar o delito, a polícia aguarda estrategicamente que mais indivíduos da suposta organização criminosa também o cometam.

Após, brevemente, definir as espécies de flagrante, deve-se ser explicado como a doutrina trata o flagrante nos chamados crimes permanentes, dentre eles o tráfico de drogas.

## 1.2 O flagrante nos crimes permanentes como o do art. 33 da Lei 11.343/2006

Damásio de Jesus (2010, p. 233) define os crimes permanentes como aqueles que causam uma situação danosa que se prolonga no tempo.<sup>7</sup> Diferentemente dos crimes instantâneos, os quais se completam em um único momento. Adverte o autor, além disso, que o delito em análise pode atingir bens jurídicos materiais ou imateriais.

Crime permanente, assim, seria o crime em que o estado antijurídico da ação típica se propaga no tempo. Desse modo, como há um prolongamento da consumação, haveria também um alongamento do estado de flagrância (AURY, 2013, p. 61).

O art. 33 da Lei 11.343/2006 é um dos exemplos de crime permanente dados pela citada doutrina, em que a conduta dos acusados se perpetua no tempo, in verbis:

**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;

---

<sup>7</sup> Roxin (1997, p. 329) apud Aury (2013, p. 60) define delitos permanentes como: "aqueles em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor por tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo."



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.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: [\(Vide ADI nº 4.274\)](#)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [\(Vide Resolução nº 5, de 2012\)](#)<sup>8</sup>

Carnelutti (1921, p. 78) ao contextualizar o flagrante com as hipóteses de crime permanente, aduz que o que:

“a lei quis dizer é que basta o assistir a uma parte, e precisamente a última parte da duração da ação, para constituir-se o flagrante, cujo princípio expresso a propósito do delito permanente deve estender-se, por analogia, a todo delito não instantâneo, e assim, ao delito continuado ou continuativo.”<sup>9</sup>

Badaró (2009, p. 97), alinhando-se a visão doutrinária dominante, explica que:

---

<sup>8</sup> O art. 33 da Lei 12.343/2006 sofre muitas críticas doutrinárias devido à sua extensão.

(...) a prisão em flagrante nos crimes permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo. O crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protraí no tempo. (...) O artigo 303 do C.P.P. dispõe que 'Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência' (...). A regra do artigo 303 do CPP é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível. Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade flagrante próprio.<sup>10</sup>

Mesmo para Aury (2013, p. 61) expoente de uma doutrina processual que busca uma adequação constitucional dos institutos, a prisão em flagrante e a busca domiciliar sem mandado se aplicam indiscriminadamente ao crime de tráfico de ilícito de entorpecentes. Diz o autor:

“É importante recordar que o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar (...). Isso porque, como já explicamos, enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar, etc.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição).”

Nas hipóteses do art. 303 do CPP, nos crimes permanentes, como o tráfico de entorpecentes, a análise da prisão em flagrante torna-se mais complexa se vista, como deve ocorrer, através de uma abordagem constitucional. Não condiz com a ordem constitucional vigente apenas a alegação de que o crime permanente em qualquer hipótese permite a entrada em domicílio.

### 1.2.1 Uma limitação constitucional do conceito de prisão em flagrante nos crimes permanentes

O direito processual penal é o campo do Direito que reflete de modo latente o conflito entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis* do particular. Há um duelo entre a segurança pública, de um lado e o direito à liberdade e à intimidade de outro (GRANDINETTI, 2009, p. 18).

O inciso XI do art. 5º da Constituição Federal coloca a inviolabilidade de domicílio dentro do rol de direitos fundamentais.

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

(...)

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

Desse modo, a entrada em domicílio deve ser precedida de mandado judicial durante o dia, e excepcionalmente, em qualquer horário, em caso de desastre, para a prestação de socorro e em caso de flagrante delito, para que o crime encerre-se.

As garantias constitucionais servem para legitimar a intervenção estatal e ao mesmo tempo limitá-la. Ferrajoli (2002, p. 03) sustenta que:

“o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante garantia da verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro.”

Quando se fala em princípios e direitos fundamentais dentro do processo penal, a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade de domicílio devem ser aplicadas nas práticas cotidianas. O primeiro consubstancia-se na instrumentalização de barreiras às arbitrariedades do Estado frente ao cidadão, sujeito de direitos e não objeto. Nele, estão consagradas as demais garantias

processuais, inclusive a inviolabilidade de domicílio. Ele é irradiante frente aos demais direitos fundamentais (GRANDINETTI, 2009, p. 25).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 12 preceitua a cerca do direito à privacidade. Nos EUA a Quarta Emenda não menciona acerca do direito à privacidade. Contudo, ele é extraído da expressão “unreasonable searches and seizures.”<sup>11</sup>, como será posteriormente, demonstrado. O direito à privacidade está inserido dentro dos chamados direitos da personalidade, aqueles que só podem se tornar conhecidos, em regra, quando autorizados pelo titular. O direito à privacidade leva ao anseio do cidadão de não ser alvo de observações por terceiros, nem de ter informações pessoais expostas a pessoas por ele não autorizadas. A inviolabilidade do domicílio, assim, é um dos desdobramentos dos direitos da personalidade e da intimidade. (MENDES, 2012, p. 263).

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma novidade substancial frente ao antigo sistema: a exigência de mandado judicial para o ingresso na casa de terceiro, excetuando-se as situações de desastre, prestação de socorro, e o ora debatido, flagrante delito. Pontue-se que, anteriormente à Constituição de 1988, no lugar da expressão citada estava o vocábulo “crime” (GRANDINETTI, 2009, p. 90). Surge dessa substituição uma discussão a respeito conceito de flagrante adequado aos ditames da Constituição.

Ocorre que as hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal alargam o previsto pelo constituinte, se interpretadas somente através da lógica-formal.

Tornaghi (1991, p. 91) contextualiza o rol previsto no art. 302 do Código de Processo Penal:

“A hipótese do inciso I é a única de verdadeiro flagrante. As outras três são algo análogo ao flagrante, quase-flagrante, isto é, como que flagrante. A lei sabe que na realidade não há flagrante, mas as trata como se flagrante houvesse. Em outras palavras, ela finge que há flagrante. Como se dissesse, há uma ficção jurídica.”

---

<sup>11</sup> Buscas e prisões não razoáveis. Tradução nossa.

Grandinetti (2009, p. 91), a seu turno, ressalta que “ser” é diferente de “assemelhar-se”. O autor constrói através de sua argumentação que as hipóteses dos incisos III e IV do já citado artigo 302, só são tidas como flagrante porque a lei diz. Surge então o problema de definir-se o qual a definição correta e constitucional do termo “flagrante delito”. Um entendimento poderia chegar à conclusão de que a definição de flagrante foi deixada pelo constituinte como encargo ao Código de Processo Penal. Caso se adote essa interpretação, seria possível penetrar em casa alheia sem mandado judicial, de dia ou à noite, em todos os casos previstos no artigo 302 supracitado.

Contudo, essa interpretação não condiz com um Estado Democrático de Direito o qual tem como base a proteção dos direitos do cidadão frente ao peso do poder Estatal. Explica-se que as exceções à inviolabilidade do domicílio devem estar taxativamente previstas na Constituição, sendo vedado o alargamento dessa lista pela interpretação dos conceitos. Pelo exposto, concluiu o autor que a entrada em domicílio alheio é uma exceção ao direito à privacidade, sendo legal apenas nos casos previstos taxativamente na Constituição, ou seja, apenas no caso do chamado flagrante próprio (GRANDINETTI, 2009).

Gilmar Mendes (p. 92, 2012), aponta que os direitos e garantias fundamentais, como a inviolabilidade de domicílio devem ser interpretados a partir de ótica pautada nos fins sociais almejados pelo legislador. A Constituição é notadamente marcada pela presença de normas que apenas orientam a regulação de certos institutos, como a prisão em flagrante. O modo e a intensidade de sua efetivação devem ser dados pelos aplicadores do direito.

Aduz, ainda que dentre os vários métodos utilizados para se interpretar os preceitos constitucionais, desponta o método hermenêutico-concretizador. Nesse, o primado do problema insere-se no texto constitucional a partir de uma situação concreta. O sentido da norma seria obtido através de uma pré-compreensão do enunciado e também das circunstâncias históricas

concretas que circundam o problema. A realidade social, nesse contexto, comporia a própria estrutura da norma, não podendo o interprete afastá-la<sup>12</sup>.

Interpretando-se a Constituição a partir do método supracitado pode concluir-se que o legislador só ansiou permitir a invasão de domicílio em situações de urgência: flagrante delito, desastre e para prestar-se socorro. O Constituinte elencou o flagrante delito nessas hipóteses idealizando a situação de flagrante próprio, aquela em que o crime está ocorrendo e reveste-se de especial gravidade, não permitindo por sua própria característica a espera pela expedição de mandado.

A especial gravidade do crime, em se tratando de crimes permanentes, consubstancia-se no perigo efetivamente gerado ao bem jurídico protegido.

Damásio de Jesus (2010, p. 229) difere os crimes de dano e os de perigo. Nos primeiros, a consumação só ocorre com a efetiva lesão gerada ao bem jurídico, como por exemplo, o homicídio (art. 121 do CP). Já nos crimes de perigo, a consumação ocorre com a mera possibilidade de dano. O exemplo dado é o crime de incêndio (art. 250 do CP).

No crime de perigo abstrato, não há, uma vítima concreta, uma vez que o dano resulta da própria omissão/ação do agente. O tráfico de drogas é um crime permanente (se prolonga no tempo) de perigo abstrato em que o bem jurídico protegido, a saúde pública, presume-se violado pela simples ação (vender) ou omissão (possuir) do sujeito ativo.

Paralelamente, nos crimes permanentes de perigo concreto há uma possibilidade real de lesão aos bens jurídicos protegidos. Por exemplo, na extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP), os bens jurídicos protegidos, a liberdade pessoal e a propriedade do sujeito passivo (GRECO, 2011, p. 253) estão, em tese, sendo violados continuamente. Desse modo, a excepcionalidade da entrada policial sem autorização judicial justificar-se-ia na

---

<sup>12</sup> Para o autor, o sentido das normas constitucionais deve vincular-se ao texto constitucional. Ademais, deve ser feita uma mediação entre o texto o caso concreto. Gilmar Mendes cita alguns autores que desenvolveram a teoria. Canotilho explica que cria-se um círculo hermenêutico, um movimento de ir e vir entre texto e contexto. Hesse, afirma que os princípios da interpretação constitucional, como a Unidade, auxiliam nessa tarefa do interprete. Por fim, Muller é citado explicando que o interprete deve considerar a realidade social para realizar sua busca hermenêutica.

medida em que cessaria a lesão. No tráfico de drogas, por não haver lesão real que se prolonga no tempo ao bem jurídico, poder-se-ia esperar a autorização judicial para a entrada em domicílio para apreender-se provas e suspeitos.

Conclui-se que a interpretação da Constituição e dos dispositivos infralegais que regulam a matéria deve ser feita de modo a reconhecer a importância irradiante do texto constitucional como instrumento fundamental de regulação da convivência social, principalmente, garantindo a dignidade da pessoa humana no espaço público e, como não poderia deixar de ser, dentro de seu domicílio (MENDES, 2012).

Os direitos constitucionais, nesse sentido, devem atuar para evitar o abuso do poder pelas estruturas estatais. A mera dúvida ou indício não são suficientes para a imposição de medidas, como a prisão em flagrante, que cerceiem a liberdade individual do acusado durante o processo, sem que ao menos haja uma decisão judicial fundamentada.

### **1.3 A jurisprudência brasileira sobre o tema**

A jurisprudência brasileira majoritariamente não entende que a entrada de policiais em domicílio, de dia ou de noite, sem mandado para a realização de buscas e prisões no caso do crime de tráfico de drogas deva ocorrer apenas em situações excepcionais. Vários julgados no Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup> justificam a invasão de domicílio apenas pelo fato do crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 ser classificado doutrinariamente como um delito permanente, ou seja, estar sempre se consumando.

Esse argumento é frequentemente repetido sem que haja a análise das situações concretas. Seguem algumas ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça que comprovam que não há exame, na maioria dos casos, de como ocorreu a entrada policial e a prisão.

---

<sup>13</sup> Em breve pesquisa realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados 29 casos em que foi discutida a ilegalidade das provas obtidas com a entrada policial em domicílio no crime de tráfico de drogas. Além da repetição do argumento de a permanência do delito possibilita a entrada, notou-se a reprodução de outro argumento, a impossibilidade de revolvimento da matéria fático-probatória.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O tráfico ilícito de drogas é crime permanente, o que enseja o prolongamento no tempo da flagrância delitiva, enquanto durar a permanência. 2. Tratando-se o tráfico ilícito de drogas de crime permanente, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. Precedente. (GRIFO NOSSO) 3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 267.968/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

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. (GRIFO NOSSO) 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)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. VIOLAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART.5.º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONCESSÃO, DE OFÍCIO, EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENAS SUPERIORES A 04 ANOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Os Pacientes foram surpreendidos com 112 trouxinhas de cocaína (25,01g), 129 invólucros de maconha (177,54g) e 185 invólucros de crack (18,50g). (...) 2. O tráfico ilícito de drogas é crime permanente, razão por que não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, pois a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. (GRIFO NOSSO) 3. (...)7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de determinar ao Juízo das Execuções Penais que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, proceda à fixação do regime prisional adequado



ao Paciente RAFAEL ASSUNÇÃO DA SILVA, e, mediante a concessão de writ, de ofício, adote o mesmo critério em relação ao Paciente RODRIGO TEODORO ALVES CABRAL. (HC 204.108/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 17/04/2013)

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, CAPUT, E 35 DA LEI 11.343/06). PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA NA CASA DA PACIENTE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. DILATAÇÃO TEMPORAL DO ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. O crime pelo qual a paciente é acusada - tráfico de substâncias entorpecentes - permite a dilatação temporal do estado de flagrância, na medida em que possui natureza jurídica de delitos permanentes, razão pela qual a busca domiciliar e a prisão da paciente em sua casa, sem amparo de mandado judicial, não constituem violação de domicílio nem tampouco contaminam as provas colhidas. (GRIFO NOSSO) 2. In casu, não ocorreu a violação de domicílio vedada pela Constituição Federal, uma vez que o estado de flagrância permite a entrada de policiais no domicílio da paciente para interromper ou coibir a ação delituosa. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HC 135.491/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 29/03/2010)

Nota-se que as particularidades dos casos não são analisadas pelos julgadores. Não se analisa o que embasou a entrada dos policiais, se o procedimento policial iniciou-se com base em denúncias anônimas ou através de prévias investigações, competência sempre da polícia civil e não militar <sup>14</sup>.

O argumento de justificação da atividade policial é de suma importância, pois pode ensejar a aplicação da chamada “teoria da árvore dos frutos envenenados”, a qual será explicada no próximo capítulo. Caso a entrada policial seja baseada em situações ilegais, as provas apreendidas e as prisões realizadas posteriormente deverão ser consideradas do mesmo modo ilícitas.

Como já explicitado acima, não é satisfatório meramente apontar a natureza do crime de tráfico de drogas para justificar a invasão de domicílio, deve-se analisar o caso concreto. A expedição de mandado de busca e

---

<sup>14</sup> A polícia militar é responsável pelo chamado policiamento ostensivo, enquanto a polícia civil tem função investigativa, conforme art. 144 da Constituição Federal.

apreensão deve ser a regra, em todos os casos, e não a exceção. A busca, e posterior prisão, realizadas sem mandado devem ocorrer apenas em casos em que a expedição do mandado seja impraticável, só assim estar-se-á respeitando o direito constitucional de inviolabilidade de domicílio.

Embora, a regra ainda seja a alegação de permanência justificando a entrada policial, alguns magistrados brasileiros, fazendo uma interpretação constitucional baseada não na lógica-formal, mas sim, em uma leitura global dos preceitos constitucionais, limitam as hipóteses em que se permite a busca sem mandado.

### **1.3.1 Precedentes brasileiros: buscando a justificação constitucional da busca com mandado**

Os seguintes casos foram coletados em buscas realizadas nos sítios eletrônicos dos Tribunais do Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina. Procurou-se compreender, para além dos casos ocorridos em a Salvador, e que serão relatados no terceiro capítulo, como algumas decisões caminham para um entendimento diverso do dominante. O intuito é demonstrar como alguns juízes e desembargadores vêm alterando o discurso acerca da ilegalidade das provas e da violação de domicílio no crime de tráfico, embora ela ainda seja incipiente.

Na apelação nº 0011071-38.2009.26.0566, julgada pela 4º Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Tribunal afirmou que os policiais militares que entraram em domicílio deveriam ter requisitado anteriormente um mandado de busca. No caso em análise, os policiais ingressaram na casa do suspeito sem mandado à meia noite, encontrando drogas, prendendo o acusado, o qual foi posteriormente processado pelo crime.

A Turma confirmou a decisão do Juiz sentenciante, não dando provimento a apelação do representante do Ministério Público. O magistrado asseverou que os policiais militares que realizaram a busca deveriam ter requisitado o mandado, vez que o fato do crime de tráfico de drogas ter efeitos

permanentes, não justifica por si só, os atos praticados pelos policiais, os quais devem ser sempre justificados.

A 7ª Câmara Criminal do TJSP ao julgar a apelação nº 0020153-57.2006.8.26.00224, afirmou que o relato dos policiais no caso demonstrou a ilegalidade na busca em domicílio ocorrida em plena madrugada a qual violou normas processuais e constitucionais, como a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI da CF) e a obrigatoriedade de expedição de mandado (art. 241 do Código de Processo Penal). Para a Turma, o argumento de que o crime permanente dispensa a expedição de mandado é errado, já que a ilicitude da ação policial antecede a apreensão da droga. A ilegalidade já está consubstanciada anteriormente no ingresso dos agentes policiais em domicílio.

No recurso em sentido estrito nº 90.09.332009-6, apreciado pela 16ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, foi mantida a decisão da primeira instância que relaxou a prisão em flagrante, por considerar que a ação policial violou a inviolabilidade domiciliar. A Turma afirmou, em síntese, que a busca é ilegal em sua origem, em razão do fato de não constar nos autos, informações seguras das fontes que noticiaram a prática do delito. Para ela, a afirmação de que houve denúncias anônimas não pode justificar a busca, o que tornou a atividade policial, no caso, arbitrária. Ademais, não constava nos autos a descrição do modo como os policiais entraram na residência.

No mesmo sentido, os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiram no Acórdão nº 0175620010110776087:

“(…) não há dúvida no sentido de que o tráfico de entorpecentes se trata de crime permanente. No entanto, a colheita da prova acerca da sua ocorrência fica subordinada aos preceitos constitucionais que asseguram, como regra, a inviolabilidade do domicílio”. De fato, conforme decidido, “não podem os agentes policiais realizar busca e apreensão sem ordem judicial (...)”, de modo que “o que se apurar, a partir de então, fica contaminado pela ilicitude, *ex radice*, da violação de domicílio.”

No caso em tela, os policiais tinham notícia da existência do crime de tráfico. A partir dessa informação fizeram campana perto da casa da sogra do acusado. Com o acusado não foram encontradas drogas sendo transportadas por ele, os policiais invadiram a casa de sua sogra. No local,

foram encontradas substâncias entorpecentes. Para a Turma, toda a diligência policial foi comprometida, uma vez que não havia nenhuma autorização expressa para o ingresso em domicílio, o que contaminou as provas obtidas.

Cabe, ademais, fazer referência à decisão proferida pelo Juiz Iolmar Alves Baltazar, Substituto da 2ª Vara da Comarca de Barra Velha, Santa Catarina nos autos do processo nº 006.12.002469-7<sup>15</sup> No caso, novamente, os policiais entraram em domicílio alheio sem autorização judicial ou do próprio morador.

O magistrado destacou, na decisão que relaxou o flagrante, que:

“(…), em que pese o tráfico de entorpecentes e posse de armas sejam delitos permanentes, o ingresso na residência sem mandado judicial não estava autorizado, porque o que se protraí no tempo, como é o caso do crime permanente, não tem a urgência que justificaria a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio, sem a devida determinação judicial. Ora, se havia fundada razão para se acreditar que o indiciado, investigado em Joinville, estava no local, a Polícia Militar deveria haver noticiado a suspeita à Polícia Civil ou ao Ministério Público para que, realizada investigação a respeito, houvesse a representação pela busca e apreensão na residência, seguindo-se, então, o devido processo legal.”

Prossegue o magistrado:

“(…), o que se vivencia em nosso País é um Estado cada vez mais reduzido, sem nenhuma garantia aos direitos sociais e totalmente sucateado no que se refere à segurança pública. A segurança pública como um todo está sucateada. As investigações policiais, quando feitas, não raro são anuladas diante da não observância das garantias e direitos fundamentais dos envolvidos. Não se realizam perícias por falta de estrutura dos Institutos de Perícia, não se investiga por falta de estrutura da Polícia Civil e invariavelmente ilegalidades são cometidas sob a justificativa de combater a impunidade e reduzir a criminalidade. Ocorre que as investigações criminais mal conduzidas, apressadas, no afã de dar a resposta que a sociedade espera, são causas de impunidades. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, não se admite que prisões sejam realizadas ilegalmente e que cidadãos sejam processados e condenados sem que se observe o devido processo legal.”

Apesar, desses julgados expostos, como dito anteriormente, a doutrina e jurisprudência brasileira ainda são extremamente silentes em relação à discussão aqui exposta. Não se debate os casos concretos, apenas afirma-se, sem uma fundamentação clara e firme, que a permanência do tráfico de drogas possibilita a invasão de domicílio em qualquer hipótese.

No próximo capítulo, buscando um paralelo com as situações aqui tratadas, será discutido como a doutrina americana trata diferentemente (ou não) as hipóteses de busca sem mandado, naquele país chamada de “warrantless search”.

## **CAPÍTULO 2**

### **A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA NORTE AMERICANA E AS HIPÓTESES DE BUSCA SEM MANDADO**

#### **Introdução**

O sistema de justiça americano, o Common Law, assim como o sistema em que a jurisdição brasileira se insere, o Civil Law, tem como uma de suas finalidades a solução de conflitos. São sistemas diferentes, que, no primam, atualmente, pela tentativa de proteção dos direitos individuais dos cidadãos frente às intervenções do Estado.

Nesse capítulo, será apontado como a jurisprudência americana, a qual tem enorme influência no contexto do Common Law, define as hipóteses permissivas de entrada policial em domicílio sem mandado, as chamadas “warrantless searches”, e suas hipóteses baseadas na Quarta Emenda à Constituição Americana, que se mostra como a garantia de proteção à liberdade e à privacidade dos particulares. O estudo baseou-se na leitura de doutrina americana acerca dos casos, e algumas vezes, em seu inteiro teor.

A discussão objetivará demonstrar como, diferentemente, do Brasil, nos Estados Unidos há uma discussão sobre a atividade policial e sua discricionariedade, esquematizando-se formas de limitação aos meios de ação dos agentes estatais incumbidos da proteção à segurança pública.

A prova obtida com violações a liberdades individuais, como a inviolabilidade de domicílio, são desentranhadas do processo devido a ilicitude de sua origem. Diferentemente do que acontece no Brasil, como será demonstrado no capítulo terceiro a partir de análises dos processos colhidos nas Varas Criminais de Salvador, onde, legitimam-se as abordagens policiais que desrespeitam os cidadãos, sob o discurso de combate às drogas e à criminalidade.

## 2.1 Breve introdução sobre o Civil Law e o Common Law

A ordem jurídica tem como um dos fins a regulação das relações entre os indivíduos entre si, e entre esses e o Estado. Surgem então sistemas de justiça que buscam, através de leis predeterminadas, solucionar conflitos, tentando restaurar a convivência pacífica. Dentro desse contexto, surgiram dois sistemas de justiça, o Common Law e o Civil Law, cada um com características próprias resultantes de contextos históricos distintos.

No primeiro sistema, o Common Law, adotado nos Estados Unidos e Inglaterra, países influenciados pela cultura anglo-saxônica, o direito não é previamente determinado por um processo legislativo fixo, como ocorre no Civil Law, mas sim é desenvolvido através dos costumes, das decisões nos casos concretos e da cultura dos povos. Pode se dizer que o direito no Common Law é criado pelos Tribunais e se desenvolve continuamente através de decisões baseadas em casos anteriormente julgados, chamados de precedentes. A segurança jurídica, diferentemente do Civil Law, encontra-se em precedentes jurídicos e não em normas pré-estabelecidas.

O Civil Law, sistema de justiça adotado no Brasil, surge no contexto da Revolução Francesa de 1789, a qual tinha o objetivo de eliminar as sombras do Absolutismo, limitando o poder estatal ilimitado dos monarcas. Dado esse contexto, o movimento histórico culminou na instituição de um formalismo jurídico, restringindo as formas de interpretação do texto legal. A lei valia como estava escrita não podendo ser desvirtuada. Caso isso ocorresse, estar-se-ia impondo à sociedade uma forma de autoritarismo jurídico. O texto legal no Civil Law tem como escopo a limitação da atuação do juiz, o qual atua apenas na subsunção da norma ao caso concreto (CASTRO e GONÇALVES, 2012).

As características acima possuem apenas o desígnio de introduzir o presente tema a partir da diferenciação de dois sistemas de justiça tão distintos e complexos. Partindo dessas premissas, cabe analisar como os

sistemas criminais brasileiro e americano lidam com problema a seguir exposto.

## 2.2 A Quarta Emenda à Constituição Americana

Nos EUA, a prisão em flagrante tem o nome de “warrantless search” (detenção sem mandado), sendo aceita no caso de infrações mais graves, conhecidas como “felony”<sup>16</sup> e, outras situações que serão a seguir delimitadas. Os agentes policiais, quando razoavelmente convencidos da autoria e da materialidade do delito, podem prender os acusados anteriormente à expedição da ordem escrita da autoridade competente. A razoabilidade é medida por um balanço entre a natureza da intrusão da privacidade do cidadão de um lado, e a promoção de um legítimo interesse governamental, de outro (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 34).

Não há diferenciação entre as hipóteses de prisão em flagrante nos crimes permanentes ou de única ação. As circunstâncias de uma “warrantless search” são diferentes do Brasil. A Quarta Emenda à Constituição Americana é, naquele país, a garantia de proteção à liberdade e à privacidade dos particulares frente ao poder estatal:

“The right of the people to be secure in Their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, Shall not be violated, and no Warrants Shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and Particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”<sup>17</sup>

Ela só pode ser aplicada onde existir uma atividade estatal. Sem uma ação estatal ela é inaplicável, regulando quando e como a atividade estatal de buscar evidências e prender acusados é razoável. A regra só permite que os agentes policiais realizem buscas nas seguintes hipóteses: quando já existe um mandado de busca, ou sem ele, havendo uma “causa justificável” ou

---

<sup>16</sup> “Felonys” e “misdemeanors” na justiça penal americana podem ser entendidos, traçando-se um paralelo com a justiça criminal brasileira, como os crimes e as contravenções, respectivamente. Desse modo, a busca sem mandado e suas situações excepcionais só são aceitas nos chamados “felonys”.

<sup>17</sup> “O direito do povo de estar seguro documentos e efeitos, contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e nenhum mandado será expedido se não embasado em uma causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e, particularmente, descrevendo o local a ser pesquisado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.”



o consentimento do suspeito. Entretanto, onde a proposta de busca não é a aplicação da lei penal, mas outros interesses governamentais, as garantias advindas dessa emenda não são do mesmo modo aplicadas<sup>18</sup>. Não existe busca e apreensão sem que exista a chamada “causa provável”. Essa “causa” seria a junção de indícios verossímeis com uma justificativa legítima para abordar uma pessoa, baseada em uma investigação ou testemunho direto. Restringe-se a atuação de percepções subjetivas, discricionárias. (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 33)

Outro ponto relevante sobre a regra em destaque é que ela não prevê remédios contra a sua violação, assim como as outras garantias estabelecidas pela Constituição Americana - “The Bill of Rights” - (Saltzburg e Capra, 1996), como por exemplo, o direito a não auto incriminação protegido pela Quinta Emenda. Dessa forma, as violações devem ligar-se a chamada regra de exclusão de provas, que será posteriormente explicada.

A doutrina separa a Quarta Emenda em duas partes (SALTZBURG e CAPRA, 1996). Na primeira premissa, ela lidaria com as chamadas “unreasonable searches” e a segunda parte com as prisões. A interpretação dada ao dispositivo é que tanto as prisões quanto as buscas devem, em regra, sempre ser precedidas de um mandado. Caso isso não ocorra, elas serão presumivelmente desarrazoadas. Tal regra é tida como um princípio fundamental decorrente da Constituição (Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385 (1978)).

A segunda premissa é que as buscas e apreensões devem preencher dois requisitos: a) serem razoáveis; e b) devem ser precedidas de um mandado que se baseará na chamada “probable cause”. Logo, a regra é que para que as prisões e buscas sejam consideradas legais, conforme o disposto na Constituição Americana, devem ser razoáveis, e precedidas de mandado baseado em uma causa provável. Esse é o preceito básico e fundamental que regula os aludidos institutos. Caso ocorra uma das exceções que possibilitem a busca sem mandado, somente o primeiro requisito deverá

---

<sup>18</sup> Esses outros interesses governamentais são chamados pela doutrina americana de “special needs” e serão posteriormente explicados.

ser preenchido, ou seja, a prisão sem mandado, paralela a prisão em flagrante precisa ser razoável.

É notável que recentemente a Corte vem decidindo que a razoabilidade é a questão que deve predominar em se tratando de proteções decorrentes da Quarta Emenda. Tal fato decorre principalmente dos chamados “special needs” invocados pelo Governo na guerra contra o terrorismo. No entanto, mesmo o critério discricionário da razoabilidade tornando-se preponderante, as buscas e prisões sem mandado ainda são excepcionais naquele país (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 278).

Determinar uma causa considerável no contexto da atividade policial exige uma análise das circunstâncias para determinar qual a probabilidade de se achar uma evidência com a busca. A decisão tomada deve examinar previamente os fatos de forma objetiva e razoável para compreender se a prisão e a busca se fazem necessárias ou não.

### **2.3 A inviolabilidade e a intimidade: proteção de casas ou pessoas**

Segundo Saltzburg e Capra (1996, p. 42), a Corte também estabeleceu que as buscas e apreensões sem mandado podem ocorrer quando não existir o que se entende por “legitimate expectation of privacy”<sup>19</sup>. Por exemplo, quando uma arma estiver exposta a visão de qualquer pessoa, não há violação de privacidade se ela for apreendida. Outro caso em que não se exige o mandado ocorre quando há permissão do indivíduo para que ocorra a busca de provas (MORGAN, 1991).

Em uma primeira análise, se percebe que a emenda protege a privacidade. No entanto, esse direito não é absoluto. Em outro giro, a regra legítima as buscas e prisões baseadas no motivo razoável.

---

<sup>19</sup> Em *Katz v. United States* (389 U.S. 347, 357 (1967)) a Corte afirmou que a Quarta Emenda protege as pessoas e não os lugares. A casa não é o objeto principal da proteção. O Tribunal declarou que: “For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection . . . . But what he seeks to preserve as private even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.” Essa distinção é fundamental na comparação da trajetória do direito à privacidade nos EUA e no Brasil.

Em *Katz v. United States* (389 U.S. 347, 357 (1967)), a Corte asseverou que a 4ª emenda protege as pessoas e não os lugares. A casa não é o objeto principal da proteção. O Tribunal declarou que:

“For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection . . . . But what he seeks to preserve as private even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.”

A partir desse julgamento, compreendeu-se que havia um problema em torno da expectativa de privacidade que os indivíduos atribuem a suas condutas e, não apenas, a casa, em si. Convencionou-se nomear essa assertiva de “Katz principle”, do qual decorreram algumas sub-regras, como por exemplo, a chamada “open fields rule”, “doutrina dos campos abertos”, em tradução literal, a seguir explicada.

No caso *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1924), o Tribunal fez a distinção entre os chamados “campos abertos” e as áreas constitucionalmente protegidas como a casa. Foi decidido que a entrada de policiais nos campos abertos não é regulada pela Quarta Emenda, em razão da falta de expectativa de privacidade dos indivíduos nesses lugares. A expectativa de privacidade, para a Corte, pode ser medida. Se as informações obtidas pela polícia na busca são de conhecimento público, não haveria nenhuma violação aos direitos constitucionais (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 44).

A expectativa de privacidade, embora mais presente em áreas particulares, não pode ser negada em algumas áreas de acesso público. Por exemplo, no caso *Connecticut v. Mooney*, 218 Conn. 85, 588 A2d 145 (1991), a corte confirmou que um morador de rua depositava expectativa de privacidade em sua mochila e caixa de papelão, as quais estavam em um lugar público, quando policiais as revistaram. O chamado “Katz principle”, portanto, estabelece os limites da atividade estatal frente ao conflito de interesse público e privado (SALTZBURG e CAPRA, 1996).

A seguir, serão descritos precedentes jurídicos da Corte Americana que demonstram hipóteses em que não se faz necessária a expedição de mandado, o que no Brasil, poderia ser entendido paralelamente com a prisão em flagrante delito. Destacar-se-à a existência de algumas particularidades nas prisões e apreensões lá realizadas pela polícia.

#### **2.4 A Corte Americana e as decisões correlatas ao tema da prisão em flagrante**

A Suprema Corte em 1989 identificou os chamados “special needs” definidos como condições básicas de saúde, segurança, educação que o Estado deve buscar para manter o bem-estar da sociedade como um todo. Nessa busca, o Estado utilizaria suas funções administrativas, não sendo necessário na maioria desses casos mandados de busca. Além disso, as evidências obtidas nessa rotina administrativa só são aceitas se forem respeitados determinados limites. No caso *See v. City of Seattle* 387 U.S. 541 (1967), a corte deixou claro que um mandado de busca não é necessário em situações emergenciais como, por exemplo, a apreensão de comida estragada ou em vacinações compulsórias. (ANDERSON E GARDNER, 2013).

Em buscas realizadas dentro de escolas, a Corte entende que a expedição de uma mandado de busca é impróprio para o ambiente, interferindo na manutenção do rápido e informal procedimento disciplinar necessário nas escolas. Permite-se, assim, que os professores, baseados na existência de uma suspeita razoável, realizem buscas em estudantes. Nesses casos, três fatores delimitam o que seria uma suspeita razoável: as legítimas expectativas dos estudantes a respeito de sua privacidade, os limites que tornam a busca intrusiva e, por fim, se são questões relacionadas a escola que embasam a suspeita. A Corte Americana, ao longo dos anos, desenvolveu inúmeras interpretações para a Emenda. No caso *United States v. Verdugo – Urquidez* 494 U.S. 259 (1990), a corte entendeu que ela só se aplica ao povo americano contra abusos do seu próprio governo. Outra questão relevante é que a proteção se aplica tanto a pessoas, quanto a objetos, recebendo os segundos surpreendentemente por vezes mais proteção que os primeiros (ANDERSON E GARDNER, 2013).

As exceções à regra da expedição de mandado foram construídas pela Corte Americana ao longo das decisões do Tribunal. Inicialmente, não existiam reservas ao preceito. Em *United States v. Rengifo* 832 F.2d 722 (1987)<sup>20</sup>, a Corte pontuou que:

“(...) exigent occur when circumstances could a reasonable officer to believe que delay acting to obtain infor a warrant would, in all likelihood, permanently frustrate police an important objective, such as to Prevent the destruction of evidence Relating to criminal activity or to secure an arrest before the suspect can commit Further serious harm.”<sup>21</sup>

Saltzburg e Capra (1996, p. 42) repreendem a ampla abertura dada pela Corte às hipóteses que permitem a busca e a prisão sem mandado. Para esses autores, a Suprema Corte Americana utiliza a linguagem de modo arbitrário para determinar tais situações, estabelecendo que em determinadas circunstâncias o prévio mandado é necessário e em outras, aparentemente semelhantes, não. A fronteira entre as hipóteses não é claramente delimitada, o que traz insegurança em todo o sistema criminal já que se há indeterminação no estabelecimento das exceções pelo Tribunal, na atuação policial ela é ainda maior. Os autores continuam a crítica asseverando que ao longo do tempo, foram atribuídas tantas exceções à regra, que ela se esvaziou. Nesse sentido, convém citar Justice Scalia no caso *Califórnia v. Acevedo*, 500, U.S, 565 (1991), o qual elucida que a Corte Americana ora respeita a necessidade categórica do mandado, ora analisa apenas a questão da razoabilidade da conduta policial, não estabelecendo balizamentos claros de aplicação da regra.

Embora a principal questão abordada no trabalho seja a comparação entre hipóteses de prisão e busca sem mandado no crime de tráfico de droga, convém analisar o caso *Florida v. Jardines* 569 U.S. (2013), em que a prisão mesmo embasada em um mandado, foi considerada ilegal foi considerada ilícita em razão da falta de uma causa provável.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> [http://www.leagle.com/decision/19881658858F2d800\\_11542](http://www.leagle.com/decision/19881658858F2d800_11542) < Acesso em 24 de outubro de 2013>

<sup>21</sup> “(...) as exigências ocorrem quando, razoavelmente, um policial acredita que o atraso para obter um mandado pode, com toda probabilidade, frustrar um importante objetivo policial, como impedir a destruição de uma evidência relacionada a uma atividade criminal ou assegurar uma prisão antes que o suspeito possa cometer danos mais graves.” (Tradução livre)

<sup>22</sup> *Florida v. Jardines* 569 U.S. (2013). [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-564\\_5426.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-564_5426.pdf). < Acesso em 04 de novembro de 2013>

Uma denúncia anônima foi dada a polícia em novembro de 2006 sobre uma provável plantação de maconha. Um mês depois, a polícia de Miami realizou uma busca através de cães farejadores, que deram um alerta positivo para a presença da droga. Primeiramente, não havia mandado para a busca ser realizada pelos cães farejadores. Só após a confirmação do sinal da presença de drogas, os policiais providenciaram um mandado de busca para entrar no domicílio do senhor Jardines. Enquanto o mandado era providenciado, os policiais permaneceram no jardim da residência. Nessa cena de crime, o acusado tentou fugir pelas portas do fundos, tendo sido capturado logo em seguida.

Os argumentos a favor da legalidade da prisão tiveram três principais eixos de defesa: o fato do cão farejar a droga não é um caso de busca realizada com base Quarta Emenda; a presença do cão e do policial na porta da casa era absolutamente legal e por fim a droga inevitavelmente seria descoberta.

No entanto, para o Tribunal da Florida:

“We have said that the Fourth Amendment draws 'a firm line at the entrance to the house.' That line, we think, must be not only firm but also bright — which requires clear specification of those methods of surveillance that require a warrant.”<sup>[13]</sup> Given the special status accorded a citizen's home in Anglo-American jurisprudence, we hold that the warrantless "sniff test" that was conducted at the front door of the residence in the present case was an unreasonable government intrusion into the sanctity of the home and violated the Fourth Amendment. We quash the decision in *Jardines* and approve the result in *Rabb*.<sup>[14]</sup> ^ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 40 (2001), 121 S.Ct. 2038, (quoting *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 590 (1980), 100 S.Ct. 1371).<sup>23</sup>

A Corte ressaltou a diferença entre uma busca realizada por cães farejadores dentro de veículos e em domicílios. Argumentou-se que, nos casos em que a busca ocorreu em lugares públicos, houve uma maior garantia de

---

<sup>23</sup> "Temos afirmado que a Quarta Emenda traça 'uma fronteira para a entrada em casa'. Essa fronteira, pensamos, deve ser não apenas firme, mas também clara – o que requer uma especificação clara das hipóteses de vigilância que exigem um mandado' [13] Dado o status especial concedido a casa dos cidadão na jurisprudência anglo-americana, nós temos afirmado que o 'teste de farejar' sem mandado que foi conduzido na porta da residência no presente caso foi uma intrusão não razoável da santidade do lar e violou a Quarta Emenda. Anulamos a decisão em *Jardines* e aprovamos o resultado em *Rabb*. [14] (Tradução nossa)

impessoalidade. A casa, por não ser visível a testemunhas civis, pode ser um campo predeterminado a sofrer arbitrariedades nas buscas policiais.

Foi ressaltado que caso se autorize o referido teste nas residências sem nenhuma forte evidência, aumenta-se a possibilidade da polícia aplicar procedimentos de modo amplamente arbitrário e discriminatório, baseado até mesmo em caprichos e fantasias.<sup>24</sup>

Por outro lado, algumas pesquisas indicam que a população em geral tem uma predisposição a trocar as garantias individuais por um aumento de prisões baseadas no pretexto de garantia da ordem pública. No entanto, não há dúvida de que a primeira responsabilidade da lei é a proteção dos direitos individuais frente aos poderes do Estado. partes (SALTZBURG e CAPRA, 1996).

Nos Estados Unidos tem se admitido que a busca realizada sem mandado deve ser realizada por policiais preparados de modo a não torná-la um modo de exercício de abuso policial, preservando os direitos, aqui entendidos como um meio de obrigar alguém ou uma instituição a fazer ou deixar de fazer algo. Os oficiais norte-americanos demonstram uma preocupação em avisar o cidadão de seus direitos: pedem permissão para entrar nas residências. Esse procedimento é respeitado para que não haja a contaminação das provas obtidas, por exemplo, com a violação do direito a não autoincriminação. As garantias individuais naquele país, como já dito, correlacionam-se com o que se chama expectativa de privacidade. Diz-se que quando você está em sua casa, sua expectativa de privacidade é muito maior do que quando você encontra-se um aeroporto, ou outro lugar público. SALTZBURG e CAPRA, 1996)

Mais uma vez, Saltzburg e Capra (1996, p. 71) tecem uma crítica a respeito da abertura dada ao conceito. Para eles, a “causa provável” necessária para a expedição de um mandado e que justifica as buscas e

---

<sup>24</sup> *Jardines v. State*, 73 So. 3d 34 (Fla. 2011) [2011 BL 100133]  
<[http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/Jardines v State 73 So 3d 34 Fla 2011 Court Opinion](http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/Jardines_v_State_73_So_3d_34_Fla_2011_Court_Opinion)>  
Acesso em 05 de novembro de 2013.

prisões realizadas em detrimento desse, requer menos do governo do que as provas por trás de condenações criminais ou civis. A Quarta Emenda, assim, não protege apenas a intimidade e a privacidade dos indivíduos, é, sobretudo, a representação da tensão existente entre o poder Estatal de investigar e prender suspeitos, e a proteção da intimidade dos cidadãos.

Para serem constitucionais, as buscas e prisões necessitam de uma causa provável, “probable cause”, que embase o mandado, como por exemplo, uma fundada suspeita ou diretrizes administrativas. Aponta a doutrina que esse conceito é ilusório, discricionário. Não é claro quando uma causa é mais provável que outra para se determinar uma busca ou prisão. As Cortes regionais apontam que ela seria definida como uma possibilidade, uma chance substancial. Contudo, tais conceitos acabam por não se diferenciarem claramente, restando aos juízes amplas possibilidades de aplicação. Nos Estados Unidos buscas realizadas sem mandado, sem prévia autorização judicial são, em regra, presumivelmente não razoáveis em razão do prescrito pela Quarta Emenda Constitucional. As exceções a esse preceito, na teoria, são especificamente pré-estabelecidas já que o povo tem o direito de não ser incomodado por buscas e prisões não justificáveis (SALTZBURG e CAPRA, 1996).

As decisões norte-americanas restringem o termo “probable cause” ao justificar os mandados, e não para justificar a razoabilidade dos mesmos. Ele é usado de modo restrito e não expansivo. No entanto, embora a interpretação seja feita na maioria dos casos de modo restritivo, o vocábulo, ora analisado, não tem uma definição totalmente clara.

Contudo, convém observar que há uma distância evidente entre o sistema brasileiro e o norte americano em relação gerenciamento das provas. Primeiramente, a causa provável é utilizada não só para justificar as buscas sem mandado, mas também a própria expedição do mandado de busca e apreensão naquele país. Ademais, há uma construção jurídica muito forte em considerar-se a origem ilícita das provas retirando-as do processo.



## 2.5 O caso *Jonhson v. United States*

O caso *Jonhson v. United States*, 333 U.S 10 (1948)<sup>25</sup>, ora tomado como paradigma a ser comparado com casos semelhantes ocorridos em Salvador, é um dos principais casos na jurisprudência da Corte Americana que tratam da necessidade da obtenção do mandado de busca.

No caso em tela, a Corte Americana teve que responder quais as hipóteses que permitem legalmente prender e fazer buscas no quarto de hotel de um acusado.

A versão dos fatos dada pelos policiais dos fatos é de que foram recebidas denúncias anônimas por volta das 19:30 informando que haveria pessoas fumando ópio em um hotel. Aparentemente, havia cheiro de ópio pelos corredores do hotel o que ensejou o chamamento do departamento de narcóticos.

Às 20:30, quatro agentes estavam no hotel e reconheceram o que para eles era um inconfundível odor de ópio. Segundo relatos, os oficiais perguntaram quem estava dentro do quarto, obtiveram resposta. No entanto, o acusado negou a entrada dos policiais, os quais deram a ele voz de prisão e invadiram o quarto. A busca encontrou ópio e os instrumentos para seu uso.

A Corte distrital não acatou o argumento de que essa prova deveria ser excluída do processo. A defesa alegou que a busca em uma casa foi uma violação aos direitos assegurados pela Quarta Emenda. O Governo alegou que a necessidade justificou a rapidez da busca. O odor sentido poderia justificar a expedição de mandado pelo magistrado, mas não a busca feita pelos policiais.

A questão central discutida é que a Quarta Emenda não tem como finalidade impedir o trabalho dos policiais na busca de evidências e na prisão de suspeitos. Ela estabelece que as buscas e prisões devem ser determinadas por um magistrado, teoricamente neutro, e não por policiais, por

---

<sup>25</sup> *Jonhson v. United States*, 333 U.S 10 (1948).

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/10/case.html> < Acesso em: 06 de novembro de 2013.>

vezes, imbuídos de uma “guerra” às drogas. Se as buscas e prisões fossem determinadas pela discricionariedade dos policiais, não haveria proteção à casa dos indivíduos.

Não se quer afirmar que o crime não deve ser combatido, mas sim, que a invasão de privacidade feita de modo discricionário, também deve preocupar a sociedade.

Para Saltzburg e Capra (1996, p. 70), quando o direito à privacidade tiver que ceder ao direito às buscas, a situação deverá ser decidida por um magistrado imparcial, e não por um policial, em razão até mesmo da própria estrutura acusatória do sistema processual. Para a Corte, não havia situação excepcional pra justificar a repentina entrada dos policiais. As hipóteses excepcionais devem ser resultado do balanceamento entre o direito à privacidade e o dever do Estado de reprimir os delitos.

Para a Suprema Corte Americana, não se pode ao mesmo tempo justificar-se a prisão pela busca e a busca pela prisão. Não existe autojustificação para a invasão em domicílio, ela não pode ser um fim em si mesma. O Estado não tinha o direito de sem um mandado, justificado por uma causa provável, entrar nos aposentos do acusado para encontrar provas para prendê-lo. Caso isso fosse possível, os cidadãos nunca teriam direito à privacidade.

Anteriormente, a essa decisão o apelante foi condenado pela Corte distrital. A questão suscitada na Suprema Corte repousou sobre a licitude dos policiais entrarem no quarto do acusado sem mandado.

Afirmou-se que algumas vezes não há nenhum empecilho para a obtenção do mandado de busca, afora os inconvenientes para os agentes policiais, os quais devem apresentar provas para o magistrado, razão insuficiente para contornar a exigência constitucional. O suspeito não estava fugindo, a busca foi realizada em uma residência e não em um automóvel e não havia evidências de que as provas estavam sendo destruídas. A subsunção do caso a um magistrado que poderia expedir um mandado era plenamente possível.

No Brasil, como já explicado o crime de tráfico tem natureza permanente, fato que a jurisprudência utiliza para justificar a hipótese de entrada em domicílio, pois o delito sempre estaria sendo cometido. A Suprema Corte Americana, contrariamente a esse entendimento, entende que a “perseguição” não ocorre quando uma pessoa foi cercada por agentes antes que soubesse de sua presença, não fazendo nenhuma tentativa de fuga (Saltzburg e Capra, 1996).

Por fim, na decisão o Tribunal afirmou que a Quarta Emenda tem importância para a plena validade e eficácia da liberdade política e bem estar da população. Assim, esses direitos são indispensáveis para a fruição da liberdade, da segurança e da propriedade privada, sendo a própria essência dos direitos constitucionais. Sua garantia é imperativa como a garantia dos demais direitos.

A extensão da proteção dada pela Quarta Emenda abrange apenas as prisões e buscas realizadas pelos agentes estatais. As circunstâncias que exigiriam essa medida seriam aquelas em que o policial tem que tomar uma medida oficial imediata, contudo, não há tempo necessário para a obtenção do mandado de busca ou prisão conforme dispõe a Seção 120.1 do “ALI Model Code of Pre-Arraignment Procedure”.

Esse estatuto compila decisões da Suprema Corte a respeito de práticas policiais e processuais penais com o desenvolvimento de temas referentes à aplicação da lei e da administração criminal. As normas previstas nesse código modelo tem a intenção de incentivar a avaliação dos agentes atuantes no sistema criminal de suas próprias ações, formulando regras específicas com a finalidade de adequá-las.<sup>26</sup>

De fato, quando a polícia constatar a existência de iminente risco a sua segurança ou a segurança da população, ela está autorizada a realizar buscas e apreensões sem a necessidade de autorização judicial.

---

<sup>26</sup> A Model Code of Pre-Arraignment Procedure  
<[http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node\\_id=91](http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=91)> Acesso em 1 de dezembro de 2013.

Quando há a possibilidade de provável destruição de evidências, essa situação também prescinde de expedição de mandado, bem como, na eminência de uma perseguição em flagrante ou tratar-se de “felony”. Contudo, os agentes devem sempre demonstrar a chamada causa provável para prender o suspeito. Ademais, quando a polícia constatar a existência de iminente risco a sua segurança ou a segurança da população, ela está autorizada a realizar buscas e apreensões sem a necessidade de autorização judicial (SALTZBURG e CAPRA, 1996).

Essa última situação, de acordo com a doutrina, permite que os policiais adentrem no domicílio dos indivíduos. Contudo, o flagrante em questão é o chamado pela doutrina brasileira de flagrante próprio. A natureza do crime não justifica por si só a busca sem mandado. Como já explicado no primeiro capítulo, deve-se fazer um balanceamento entre a urgência e a possibilidade de efetiva violação do bem jurídico. Relembre-se, por exemplo, a diferença entre o crime de extorsão mediante seqüestro e o tráfico de drogas. No primeiro, existe a possibilidade de uma lesão efetiva e real ao bem jurídico. Já no segundo, a lesão é ficta, presumida.

No contexto americano, o ônus de demonstrar que a polícia possuía um motivo razoável e que as fontes eram confiáveis para embasar a busca recai sobre o Estado. A necessidade de mandado parte da presunção de que um magistrado tem menor chance de cometer erros do que os policiais engajados no combate ao crime. Assim, a partir de uma causa provável e embasado nela, ele aprovaria a busca.

Percebe-se pelo exposto que a jurisprudência americana desliza na definição de hipóteses que permitem a busca em domicílio sem mandado judicial. Em um primeiro momento, a regra prevista na Quarta Emenda aparenta restringir as hipóteses a situações em que seria absolutamente impraticável a expedição do mandado.

Ocorre que, na prática, essa delimitação torna-se apenas teórica. Existem casos em que a busca realizada sem mandado nos EUA necessita

apenas do critério discricionário da razoabilidade, afastando a já referida causa provável.

Contudo, a permissão indiscriminada de busca e prisões sem mandado trazem dois grandes problemas. O primeiro é que, submetem as pessoas e suas residências à interferência do Estado, sem que haja, ao menos uma causa para tanto. Em segundo, os policiais que realizam as buscas podem agir de modo a disseminar a corrupção, atuando de maneira despótica. A não regulação das hipóteses de busca fortalece esses aspectos. (SALTZBURG e CAPRA, 1996).

A Corte Americana entende que em circunstâncias emergenciais e em situações em que há possibilidade de destruição de provas poder-se-ia adentrar à residência dos acusados para realizarem-se as apreensões e prisões.<sup>27</sup>

Em caso de consentimento, a polícia pode realizar a busca, se a pessoa, voluntariamente, concordar com a entrada. Outra hipótese ocorre quando o governo realiza as chamadas buscas administrativas, realizadas para outras situações de aplicação da lei, como, por exemplo, casos de inspeção de normas de segurança.

Ademais, a polícia norte-americana pode realizar a busca sem mandado caso as provas incriminatórias estejam dispostas em seu plano de visão. Essa tese é chamada de “plain view doctrine”, como já explicado. No caso de automóveis, entende-se que como são móveis e poderiam sair do local em que a polícia encontra-se, essa pode realizar a inspeção sem mandado fazendo-se necessária a causa provável (GRANO, 1997, p. 23).

No caso dos chamados “special needs” (aeroportos, fronteiras), a polícia também poderia realizar a busca sem mandado. O governo teria tal direito como parte de seu poder para controlar o fluxo de produtos e pessoas na fronteira. Inúmeras críticas podem ser tecidas sobre esse poder quase

---

<sup>27</sup> A busca pode ser realizada sem mandado quando restar claro a possibilidade de destruição das drogas.

ilimitado concedido ao governo, principalmente depois dos atentados de 11 de setembro de 2001. No entanto, fugir-se-ia do tema do presente trabalho.

Aduz-se também que se a polícia tiver uma suspeita razoável de uma atividade criminosa, ela poderia revistar os cidadãos que estejam andando na rua. Critica-se que como será demonstrado, existe uma margem de discricionariedade imensa na questão da abordagem policial baseada nas hipóteses de suspeição.

Assim, em tese, uma busca em domicílio, no contexto americano, deve, em regra basear-se em uma causa provável a ser submetida a um magistrado competente, que expedirá ou não um mandado. Excepcionalmente, os policiais podem realizá-las sem mandado, se entenderem presentes a causa provável, a razoabilidade e uma situação que impede a expedição.

Compreendendo, desse modo, os policiais não podem realizar as buscas em domicílio apenas baseados em denúncia anônima, como repetidamente vem acontecendo no Brasil no caso do tráfico de drogas, sob o fundamento de que se trata de crime permanente. A prova obtida com violação à Quarta Emenda, nos EUA, e ao art. 5º, XI da Constituição Federal Brasileira, é ilícita, o que traz consequências ao processo.

## **2.6 A violação à Quarta Emenda e a regra de exclusão de provas**

A discussão em torno das provas e do processo é uma discussão a respeito dos modos de reconstrução do passado. O processo e as provas nele contidas seriam instrumentos de restauração aproximativa de um fato pretérito, bem como, meios de convencimento do julgador. Em uma análise ingênua, as provas serviriam para buscar a verdade real dos fatos, legitimando a decisão a ser proferida pelo juiz. No entanto, isso é apenas uma crença, pois a verdade real é utópica (AURY, 2011).

O sistema de justiça criminal tem como finalidade limitar a atividade policial. As regras de exclusão de evidências funcionam para desencorajar investigações ilegais ou feitas de modo impróprio. Essas regras

tem o condão de limitar condutas negligentes. A Suprema Corte Americana estabeleceu que a exclusão de provas não é automática, assim, para uma prova ser excluída ela deve passar anteriormente pelo processo. A investigação conduzida por policiais pode ser imprópria por várias razões, podendo violar desde regras do departamento policial até a transgressão de direitos constitucionais (ANDERSON e GARDNER, 2011, p. 219).

Nos Estados Unidos, os principais direitos constitucionais ameaçados por uma má conduta policial são a Quarta e a Quinta Emenda. A Quarta Emenda foi explicada no tópico anterior. A Quinta Emenda estabelece as bases de garantia contra a autoincriminação, a qual teve como caso paradigma na história da Corte Americana o chamado “Miranda case”, no qual foram estabelecidas as mínimas garantias que devem ser usadas pelos policiais antes de obter uma declaração incriminadora. Caso as garantias não forem respeitadas, as provas obtidas não são admissíveis no processo. . (ANDERSON e GARDNER, 2013).

O uso das regras de exclusão pode ser visto como um custo para a sociedade já que alguns criminosos culpados podem ser soltos. No entanto, tais regras são necessárias para conter a má conduta policial. Gardner e Anderson (2012, p. 219) afirmam que a Corte Americana preocupou-se por muito tempo em balancear entre a admissão de provas e a limitação das condutas policiais.

A Corte afirmou que a regra de exclusão é aplicável em buscas sem mandado, em razão da violação da 4ª emenda. Já quando existe um mandado válido, a questão principal é entender quais os direitos protegidos pelo “knock-and-announce requirement”. Para a Corte, os interesses primários dessa garantia são evitar uma reação violenta pela entrada da polícia, proteger a propriedade contra danos decorrentes da entrada feita a força e tornar efetivo o direito dos cidadãos de prepararem-se para entrada da polícia, vestindo-se, saindo da cama. Dessa forma, a regra do “knock-and-announce” não protege o cidadão do poder do governo de ver ou colher evidências, mas sim, protege seu direito à intimidade (MORGAN, 1991).

Em *Wilson v. Arkansas* ( 514 U.S. 927 1995), a Suprema Corte decidiu que o anúncio da presença policial pode não ocorrer quando a polícia acreditar que as evidências podem ser destruídas, ou o suspeito pode criar alguma situação de violência contra os policiais. A regra de exclusão não se aplica somente a evidências obtidas através de condutas policiais impróprias, mas também a evidências obtidas indiretamente através dessa conduta. Essa teoria é conhecida como “derivate evidence rule” ou como a regra da “fruta da árvore envenenada” (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 221).

A supracitada teoria somente pode ser aplicada quando a evidência seria descoberta de outro modo; as testemunhas não seriam encontradas e por fim, quando a confissão obtida só ocorreu porque o acusado foi confrontado com as evidências contaminadas de ilegalidades.

Essa teoria, ao longo do tempo, sofreu limitações em sua aplicação. A Suprema Corte desenvolveu três exceções em que a conduta policial imprópria não macula a evidência descoberta. A primeira regra de exceção é chamada de “Doutrina da Fonte Independente”. Ela estabelece que quando duas condutas policiais, uma imprópria e outra não, ocorrem ao mesmo tempo levando a descoberta das mesmas provas, elas serão admissíveis se a conduta legal dos policiais for autônoma à outra ação ilegal. A regra da “descoberta inevitável” estabelece que quando uma ação policial ilegal descobrir uma evidência que seria inevitavelmente descoberta de modo legal, não se aplicará a “exclusionary rule”. A Corte concluiu em *Nix v. William* que as duas regras aqui expostas tem a mesma justificação. Para ela, a semelhança entre as duas é a base de legitimação de que a exclusão das provas não pode colocar a polícia em uma situação pior que o status quo ante (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 224).

A terceira regra que limita a aplicação da regra de exclusão de provas é a chamada “Passage of Time Rule”. A Suprema Corte entendeu que se um período significativo de tempo transcorrer entre a conduta policial imprópria e a nova evidência, a mancha de ilegalidade na prova se dissipa. (ANDERSON e GARDNER, p. 225)



A aplicação da Teoria da Árvore dos frutos envenenados é mais facilmente aplicada, quando ocorrem buscas ou prisões ilegais, ou seja, quando no contexto dos Estados Unidos, há uma violação na Quarta Emenda. Um exemplo da aplicação da regra ocorre quando a polícia ilegalmente entra em uma casa e descobre a chave de um depósito onde se encontram drogas ilegais. Nesse caso, a apreensão será excluída do processo como fruto de uma busca ilegal (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 227).

Importante ressaltar que a regra de exclusão em se tratando de prisões é um remédio constitucional de uma violação que ocorreu no passado, não se operando automaticamente dependendo da análise a ser feita pelo judiciário. A Suprema Corte Americana, devido a esse fato, vem delimitando fortemente a aplicação da regra de exclusão de provas.

Quando a busca é realizada por particulares sem a participação policial, por exemplo, a aludida regra não se aplica. Não há nessas investigações violação a Quarta Emenda. Outro limite imposto pela Corte é que a regra só se aplica em casos criminais, desse modo a evidência poderia ser utilizada no âmbito civil. (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 230).

Como já dito, quando há consentimento nas buscas realizadas sem mandado, não há ilegalidade. Em seus julgamentos, a Suprema Corte decidiu que quando não há mandado de busca, mas a prova foi concedida voluntariamente por alguém que se mostra apto, não há que se falar em aplicação da regra de exclusão.

Em *Florida v. Riley* 488 U.S. 445 (1989), a Corte decidiu, do mesmo modo, que não há exclusão de uma prova obtida através de um sobrevôo de helicóptero. A polícia sobrevoava a propriedade do acusado e avistou uma plantação de maconha. Para a Corte, o acusado não poderia ter nenhuma expectativa razoável de que a vista de seu quintal não seria pública para qualquer pessoa, inclusive a polícia. (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 245)

Em propriedades abandonadas, não há, nos Estados Unidos, exigência de um mandado de busca já que não há expectativa de privacidade nessas propriedades (United States v Thomas 195 U.S. 418, 1904).

Em Califórnia v. Hodari ( 499 U.S. 621, 1991)<sup>28</sup> drogas foram usadas como evidências quando obtidas depois de uma perseguição realizada por policiais. Em rondas rotineiras policiais avistaram jovens nas ruas, que após perceberem a presença dos oficiais, correram. Os policiais ficaram ao encalço dos jovens encontrando drogas. A Suprema Corte decidiu que a droga abandonada na fuga não foi fruto da prisão, a qual não foi ilegal. (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 247)

Não há supressão de provas do processo quando elas são obtidas sem mandado em um campo aberto. A doutrina americana estabeleceu que a Quarta Emenda aplica-se somente a casas e a “curtilages”, termo definido como uma área próxima ao lar na qual o homem tem atividades íntimas associadas com o “sanctity of a man’s home and the privacies of life” (Boyd v. United States 116 U.S. 616 (1886)., p. 250 apud ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 250).

A “open view doctrine” estabelece que quando um policial está onde tem direito e através de qualquer de seus sentidos percebe uma evidência de um crime em seu plano de visão, ela poderá ser legal, podendo ser utilizada no processo penal. As cortes tem mantido que a regra de exclusão não se aplica em casos de aplicação da liberdade condicional ou de sua revogação. Logo, quando um acusado está em liberdade condicional não é necessário mandado de busca (ANDERSON e GARDNER, 2013, p. 253).

A exposição dos casos acima teve o objetivo de explicar que quando policiais entram em uma casa desmunidos de um válido mandado, ou

---

<sup>28</sup> California v. Hodari D., 499 U.S. 621 (1991) <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/621/>> Acesso em 15 de outubro de 2013.

portando um mandado que não seja baseado em uma causa provável, a prova obtida é desentranhada do processo no EUA por ser ilícita.

No Brasil, quando a prova é considerada ilícita ela também é desentranhada do processo, conforme dispõe o inciso LVI, do art. 5º da CF “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No entanto, em se tratando da busca realizada sem mandado no caso do tráfico de drogas, as provas obtidas pelos policiais com violação de domicílio não são consideradas ilícitas pela doutrina e jurisprudência majoritária, o que afronta refletidamente o inciso apontado, assim como, diretamente o inciso XI do mesmo dispositivo constitucional.

## **2.7 O Tráfico de Drogas nos Estados Unidos**

O problema do tráfico de drogas toma agenda de políticas públicas tanto dos Estados Unidos como do Brasil. O sistema legal opera em um complexo sistema social em que a população cada vez mais enseja uma solução eficaz. No entanto, a solução desse anseio não é o sacrifício dos direitos individuais.

O sistema das Nações Unidas priorizou a criminalização e aplicação primordial da pena de prisão, relegando a prevenção e o tratamento de usuários. Essas diretrizes basearam a construção das políticas de combate ao tráfico em muitos países. No entanto, diante de resultados pouco promissores, alguns países europeus direcionaram-se para um modelo de política baseado entre um maior equilíbrio entre a prevenção e a repressão. (BOITEUX et al, 2009).

O combate à droga, como sublinhou o juiz americano Thurgood Marshall ao julgar o caso *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*:<sup>29</sup>

Precisely because the need for action against the drug scourge is manifest, the need for vigilance against unconstitutional excess is great. History teaches that grave threats to liberty

---

<sup>29</sup> [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0489\\_0602\\_ZD.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0489_0602_ZD.html) < Acesso em 04 de novembro de 2013.

often come in times of urgency, when constitutional rights seem too extravagant to endure.<sup>30</sup>

A guerra às drogas não deve ser um modo de retirarem-se direitos constitucionais. Como será abordado no próximo capítulo, a prisão em flagrante que permite a entrada em domicílio nos casos brasileiros tem hipóteses restritas.

Em todo caso, é melhor proteger os direitos e liberdades individuais de cada indivíduo do que achar atalhos para a justiça. Atalhos, em uma complexidade sistemática como é o sistema jurisdicional, só levam a caminhos mais tortuosos do que os mais longos com procedimentos claros e previamente estabelecidos.

---

<sup>30</sup> “Precisamente porque a necessidade de ação contra às drogas é manifesta, a necessidade de vigilância contra excessos inconstitucionais é grande. A história ensina que graves ameaças à liberdade frequentemente surgem em tempos de urgência, quando os direitos constitucionais parecem muito extravagantes para se manterem.” (Tradução literal)

### **CAPÍTULO 3 – ELEMENTOS DE SUSPEIÇÃO NA ATIVIDADE POLICIAL: exemplificando através de uma amostra recolhida na cidade de Salvador/BA**

Um dos primeiros enigmas apontados no disposto na Lei de Drogas diz respeito à falta de clareza na definição dos conceitos entre usuário e traficante. Essa zona aberta a escolhas resulta, analisando-se os processos judiciais e os inquéritos que os originaram, na criação de meta-regras dentro dos sistema processual penal. O acusado, que não poderia ser punido, nem como traficante, nem como usuário, é aprisionado em flagrante e, posteriormente, preventivamente, em uma clara antecipação da pena. Assim, vez que a diferenciação entre o usuário e o traficante ocorre apenas na análise do caso concreto, muitas vezes, como será demonstrado, ocorre a hipótese desproporcional da entrada sem mandado na casa do usuário.

Os indivíduos recebem punição, não por suas ações concretas, mas sim, por suas características, dando-se enfoque no capítulo a análise dos chamados elementos de suspeição que iniciam as ações policiais, causando consequências nefastas em todo curso do processo.

Nesse ponto, será feita a análise de como os elementos de suspeição no crime de tráfico de drogas no Brasil, influenciam, não só na discricionariedade da abordagem policial, mas em todo o curso processual. Para tanto, analisar-se-á através de casos<sup>31</sup> colhidos pela pesquisa “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas” na cidade de Salvador/BA. O objetivo é compreender como a chamada guerra às drogas, acaba na prática relativizando direitos individuais.

---

<sup>31</sup> Foram analisados 28 processos transitados em julgado em 2012.

### **3.1 O Tráfico de Drogas e sua demonização pela sociedade.**

A tentativa de controle penal das drogas pauta-se internacionalmente pela preocupação com a saúde física e mental das pessoas. A Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988 traz em seu texto termos que demonstram como as drogas são encaradas no cenário global. Nela são usados termos que reproduzem o paradigma de que a diminuição do uso e do comércio deve ser encarada como uma verdadeira guerra, um verdadeiro combate entre as nações e os agentes do tráfico. Utiliza-se um apelo emocional tão intenso que, por vezes, se aproxima da irracionalidade (BOITEUX, et. al., 2009).

O sistema das Nações Unidas priorizou a criminalização e aplicação primordial da pena de prisão, relegando a prevenção e o tratamento de usuários. Essas diretrizes basearam a construção das políticas de combate ao tráfico em muitos países. No entanto, diante de resultados pouco promissores, alguns países europeus direcionaram-se para um modelo de política baseado entre um maior equilíbrio entre a prevenção e a repressão. No Brasil, no entanto, essa política não ganhou força. Aqui, os tipos penais que criminalizam a droga justificam-se pela tutela do bem jurídico da saúde pública.

O direito penal, nesse contexto, tornar-se-ia o que asseguraria as liberdades do cidadão ameaçado, possibilitando uma maximização das formas de intervenção do Estado sobre os elementos suspeitos de cometer (ou que ameaçam) os crimes. A seu turno, dois tipos de política criminal permeiam a pauta do combate às drogas: a repressão e a contenção dos danos. Atualmente, a segunda política, embora não consensual mostra-se mais adequada à realidade global. O enfoque na política antidrogas da repressão não se mostrou de modo algum eficaz em nenhum país, visto o aumento desenfreado do consumo e do tráfico (BOITEUX et. al., 2009).

O chamado direito penal do inimigo manifesta-se na política de repressão as drogas durante todo o processo penal. Assim, desde a abordagem policial, culminando na prisão em flagrante, sua conversão em

prisão preventiva, e em todo o curso do processo nega-se a vigência de preceitos constitucionais de proteção do indivíduo. Surge a figura midiática do inimigo do Estado, indivíduo que está a margem dos direitos constitucionais. Essa imagem é fruto da “demonização” das drogas e de uma política, como já dito acima, baseada prioritariamente na repressão. Há uma visão de que a repressão trará à população uma maior sensação de segurança (BOITEUX, et. al., 2009).

Os entes estatais, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, tem um dever de tratamento referente a valores humanitários que deverá ser observado em todas as fases do processo, em respeito ao princípio do devido processo legal. Não basta o Estado mostrar-se dentro desse paradigma. É preciso ações que efetivem os direitos fundamentais, o que enseja dizer que devem ser colocadas em prática formas de controle do Estado e de seus agentes dentro do sistema de justiça criminal. (JESUS, et. al., 2011).

O debate sobre o tráfico de drogas envolve várias esferas da sociedade. O crime de tráfico de drogas foi um dos responsáveis pela superlotação carcerária na última década. Um dos primeiros problemas apontados na Lei de Drogas é a falta de clareza na definição dos conceitos entre usuário e traficante. Essa zona cinzenta abre margem para uma discricionariedade perigosa na interpretação feita pelos operadores do direito dos artigos da Lei. 11.343/2006 (JESUS, et. al., 2011).

Para a distinção entre o traficante e o usuário não basta a qualidade e a quantidade da droga, mas sim, deve-se atentar para outros elementos diferenciadores, como o lugar e as circunstâncias relacionadas à prática da conduta, bem como os antecedentes e as circunstâncias sociais e pessoais dos acusados, como previsto no art. 2, § 2º da referida lei. A diferenciação, portanto, deve ser feita caso a caso, sem a possibilidade, a priori, de uma distinção legal.

O elemento subjetivo, por isso, é apontado como fundamental para a correta subsunção da conduta, registrando-se que a dúvida entre uma

hipótese e outra (tráfico ou consumo) deve resolver-se em favor da hipótese mais benéfica ao acusado. Desse modo, vez que a diferenciação entre o usuário e o traficante ocorre apenas na análise do caso concreto, muitas vezes, como será demonstrado pela exame de casos concretos em Salvador, ocorre a hipótese desarrazoada da entrada sem mandado na casa do usuário, em uma clara afronta a vários princípios, dentre eles o princípio da proporcionalidade. O citado princípio é um dos corolários do paradigma do Estado Democrático de Direito, baseando-se em dois pilares: a necessidade e a adequação. Na aplicação da norma, seus efeitos colaterais não podem ser maiores que os efeitos esperados, ou seja, os meios devem adequar-se aos fins pretendidos (BOITEUX, et. al., 2009).

A prisão, no contexto do pequeno traficante, torna-se a regra e não a exceção. O que se destaca no cenário atual é um grande abandono das garantias individuais. Esse fato tem sido justificado por uma ação policial e judicial pautada em um discurso de preservação da sociedade do tráfico de drogas, sendo o uso da prisão uma das formas encontradas pelos profissionais dessas áreas para colocar em prática essa premissa de combate desenfreado às drogas. O contexto é marcado pela “demonização” do tráfico pelos operadores do sistema de justiça que o entendem como um crime “gravíssimo” e naturalmente hediondo (JESUS, et. al., 2011). No entanto, a tranquilidade transmitida inicialmente nessa “caça” a bandidos torna-se um risco já que, ao extrapolar direitos constitucionais, deixa toda ação à mercê apenas da discricionariedade da ação policial (ZALUAR, 2004).

Revela-se que os agentes do aparelho estatal, algumas vezes, embasam suas decisões sobre a opinião de que a lesividade do crime de tráfico é um fator importante na decretação da prisão em flagrante e posteriormente na prisão cautelar dos acusados de tráfico. Nesse contexto, nota-se na fala desses agentes uma pressão social para que se trate o crime com rigor sob pena de descrédito das instituições. Apreende-se das falas dos policiais, que ele entendem que a prisão terá um “efeito pedagógico” sobre os acusados, os retirando do ciclo vicioso do tráfico (JESUS, et. al., 2011).



Como dito anteriormente no primeiro capítulo, alguns tipos penais definidos na Lei de Drogas são classificados doutrinariamente como permanentes. Contudo, a permanência e o flagrante no crime de tráfico de drogas só são considerados quando aplicados ao pequeno traficante, fato observado através da pesquisa. Não há dentro da amostra a efetivação da prisão de indivíduos que possuíam/guardavam grandes quantidades de drogas. Pode inferir-se, desse modo, a existência de uma distinção de procedimentos processuais penais aplicados ao grande traficante e ao pequeno.

Pode-se, em uma primeira análise, concluir que uma das justificativas desse fato é que, realmente, a ponta da cadeia criminosa, o pequeno traficante, está na rua e pode ser avistado pelos policiais militares, que realizam a prisão em flagrante na maioria dos casos. (JESUS, et. al., 2011).

A comercialização das drogas está ligada a uma cultura de valorização do dinheiro e do poder, proporcionando uma ascensão rápida a um custo elevado.<sup>32</sup> Zaluar (2004, p. 32) afirma que o tráfico de drogas retroalimenta toda a cadeia do crime organizado. A autora afirma que existe um ciclo diabólico: os adolescentes tornam-se usuários, entram no crime organizado cometendo assaltos, roubos e assassinatos para saldar as dívidas contraídas. Há um esquema de extorsão tanto por parte dos traficantes como dos policiais, o que os afunda mais em um ciclo aparentemente sem saída.

Criou-se uma verdadeira guerra contra os “marginais”, reproduzindo um raciocínio raso de que eles devem ser punidos a qualquer custo. Há uma grande exposição midiática buscando que eles sejam arrastados para as prisões. No entanto, celas abarrotadas não solucionam um

---

<sup>32</sup> Para Fonseca (1993, p. 32) apud Zaluar (2004, p.49), os lucros do mercado da droga não derivam da “mais valia” teorizada por Marx, mas sim da própria ilegalidade do produto. A venda da droga, desse modo, dá ao indivíduo um status diferenciado na comunidade em que está inserido. Nesse sentido, a droga seria lucrativa por ser ilegal.

problema com origens sócio-estruturais tão complexas. O aprisionamento atingiria somente a parte mais fraca dos agentes responsáveis pelos crimes (ZALUAR, 2004).

### **3.2 Abordagem policial em casos colhidos nas Varas Criminais de Salvador**

Análises baseadas apenas em números não são capazes de mostrar a realidade dos atores do tráfico dentro de uma complexa hierarquia que os sustenta. A pesquisa baseada em dados não vivenciados pelo pesquisador tem em si um distanciamento perigoso da realidade aproximando-se, assim, com a ficção. Escrever sobre algo que não se vivencia é escrever literatura. (ZALUAR, 2004, p. 06).

O estudo do sistema penal a partir de dados da realidade abandona a análise apenas normativa dessa área do direito. O poder estatal deve ser analisado em sua exteriorização e não se baseando somente em teorias. Esse campo do direito trabalha sensivelmente com a limitação dos direitos individuais dos cidadãos. Há um limite tênue entre o que seria a representação da democracia e o que violaria direitos constitucionais.

Nesse item, a monografia se propôs a buscar dados reais sobre o fenômeno do comércio de drogas ilícitas, com vistas a aproximar a reflexão jurídica da realidade social que as normas penais pretendem regular.

A pesquisa aprovada pelo Edital nº 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”, de responsabilidade do Professor Evandro Piza Duarte da Faculdade de Direito – UnB, na qual ajudei na aplicação de formulários, colheu processos em varas criminais situadas nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador.

Um dos objetivos centrais da pesquisa era identificar como a definição racial dada no inquérito policial se articula a outras categorias (o suspeito) e outras variáveis. Os formulários aplicados (ANEXO I) continham perguntas<sup>33</sup> (ANEXO I) acerca da abordagem policial no crime de tráfico de drogas, fazendo ademais, um questionamento sobre a prática policial e o racismo presente não só na instituição, mas também em toda a sociedade.

No entanto, para ser condizente com a temática do presente trabalho, foi feito um recorte temático. O questionamento que perfaz todo trabalho é compreender como a entrada dos policiais no flagrante do crime de tráfico de drogas é justificada pelos agentes estatais. Nessa seara, buscou-se através da leitura dos processos e da aplicação dos questionários compreender como os policiais, no inquérito, e posteriormente, os juízes, em suas decisões no curso do processo, fundamentam e justificam o que embasou a entrada dos policiais na residência dos acusados. Por questão temporal e metodológica, a questão racial não será, no momento, abordada. Contudo, após a exposição dos casos, nos resultados da análise um ponto merecerá destaque.

A pesquisa de responsabilidade do Professor Evandro Piza, ainda não publicada, analisou empiricamente consulta às informações dos sítios eletrônicos dos tribunais. Em suma, a amostra contém: processos relativos a fatos posteriores à Lei 11.343/2006 que foram processados pelo juízo comum, denunciados como tráfico de drogas ou assemelhado, excluídos as hipóteses de denúncia por uso ou assemelhado, que foram sentenciados no segundo semestre de 2012 e arquivados no mesmo período.

O primeiro recorte ocorreu com a análise apenas de processos da 1º e 2º varas da cidade de Salvador, varas especializadas criminais. A amostra foi construída a partir de um apanhado global de 28 casos previamente analisados. Ademais, foram retirados os casos que não se iniciaram com a prisão em flagrante dos suspeitos. Filtraram-se as situações em que os policiais entraram na casa dos acusados para obter provas, perfazendo um

---

<sup>33</sup> É oportuno mostrar quais perguntas do questionário aplicado à referida pesquisa foram utilizadas na presente monografia para chegar-se às conclusões expostas. No Anexo I, estão as perguntas utilizadas como parâmetro.

total de 11 casos a serem analisados. Por fim, o exame do processo nº 0388958-51.2012.8.05.0001 restou prejudicado pela falta de algumas de suas páginas, o que não permitiu a apreciação de seu inteiro teor, o que o fez ser retirado da pesquisa.

Logo, serão estudados, em suas especificidades, dez casos que demonstram como ocorre e em que se baseia a entrada dos policiais no domicílio de cidadãos acusados de tráfico de drogas. Através de uma análise preliminar constatou-se dentre os dez casos estudados, há a predominância das sentenças que absolveram os acusados, quatro, em detrimento de um processo que resultou na desclassificação da conduta, e um em que o réu foi condenado.

Contudo, como será posteriormente demonstrado, esse fato não significa a despenalização dos suspeitos. Sobre eles, mesmo com provas de origem ilícita, foram aplicadas prisões preventivas, em uma patente antecipação da condenação, que ao final não ocorreu. Na dinâmica dos casos, surge uma terceira categoria de penalizados que não são nem traficantes, nem usuários. O sistema penal pune indivíduos selecionados, baseando-se em estigmas e no combate midiático das drogas.

Destaca-se que o resumo dos casos a seguir não pretende comprovar que a atitude policial sempre ocorre do modo descrito. Isso seria ingenuidade dos pesquisadores. Para organizar o texto, os processos serão separados por varas, analisando-se primeiramente os casos julgados na 1º Vara Criminal de Salvador. Passa-se a exposição dos fatos narrados nos inquéritos e nos processos, acompanhados de uma breve ponderação crítica sobre os mesmos.

No processo nº 0301070-78.2011.8.05.0001, policiais civis abordaram o acusado em via pública, sob a justificativa de que visualizaram comportamento suspeito do suposto usuário/traficante, efetuando o flagrante.

Do auto de prisão em flagrante (PROCESSO fls. 04/14) infere-se que a droga não estava com o acusado no momento da abordagem, tendo sido

encontrada por constatação direta dos policiais dentro de sua residência. Não há descrição clara nos autos do que embasou a hipótese de suspeição que levou à abordagem do acusado. Os policiais na fase inquisitorial não afirmaram que entraram na casa do suspeito, fato posteriormente debatido na fase judicial (PROCESSO FLS. 103):

“Que o menor foi levado pra dentro de uma casa e agredido; que posteriormente saíram e chamaram o interrogado; que pressionaram o menor gritando com ele e este apontou que a droga era do interrogado, que então os policiais passaram a agredir o interrogado agredindo-o com uma arma na sua boca; quebraram a casa de Jorge toda (...)”.

Com a incursão, foram apreendidas cocaína e crack em quantidade incerta, já que, o laudo preliminar e definitivo apontaram diferentes cifras das drogas. A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva a qual foi relaxada antes do fim do inquérito.

Na sentença (PROCESSO FLS. 95/97), o acusado foi absolvido sob o fundamento de que não existia prova de ter o réu concorrido para a infração penal (Art. 386, inciso V, do Código Penal). O juiz utiliza as informações prestadas na delegacia pelo réu para afastar a autoria, principalmente seu depoimento em que ele afirma ser apenas usuário. No entanto, a sentença nada fala sobre as alegações de tortura e coação feitas pelo então acusado, bem como, não há relato sobre como a abordagem policial ocorreu: em via pública e posteriormente, com a entrada sem mandado judicial na residência do acusado.

Nos autos do processo nº 0304631-13.2011.8.05.0001, o acusado foi preso em flagrante por policiais civis, os quais não portavam mandados de busca, em sua residência, no período da tarde, após uma denúncia anônima ter sido enviada a central. Não há registro da denúncia anônima.

No auto de prisão em flagrante (PROCESSO fls. 21/48), os policiais que efetuaram a prisão ponderaram que encontraram indivíduos traficando dentro de um barraco, sem nem constar que, na verdade, tratava-se

de uma residência. Foram conduzidas à delegacia seis pessoas, dentre as quais, três menores de idade, além das drogas apreendidas, maconha e crack. Sublinhe-se que com os acusados não foi apreendido dinheiro em espécie, além de afirmarem que eram usuários da droga, a qual foi descoberta “debaixo do sofá e dentro do forno”. O procedimento adotado pelos policiais é descrito na seguinte passagem do auto de prisão e flagrante (PROCESSO FLS. 23):

“Se deslocaram até a localidade de (...), atendendo denúncias anônimas, que davam notícias de vários elementos traficando, dentro de um barrado, ao chegar no local abordaram os indivíduos, que após fazer vistoria dentro do imóvel, foi encontrado debaixo do sofá 48 (quarenta e oito) trouxinhas de maconha e dentro do forno 69 (sessenta e nove) pedras de crack (...).”

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, a qual foi revogada antes do fim do inquérito. Contudo, algum dos réus mantiveram-se presos em decorrência de outros processos. Foram notadas descrições generalizadas e falta de precisão e coerência nos depoimentos dos policiais.

O juiz absolveu os acusados (PROCESSO FLS. 17/20) sob o fundamento da não existência de provas aptas a embasar a condenação (Art. 386, inciso V, do CP). O magistrado considera que as provas não são suficientes, pois em nenhum momento foram encontradas drogas com o acusado, além do que, um menor foi apontado como o proprietário das drogas. Novamente, não foi discutida em nenhum momento do processo a legalidade da entrada dos policiais em domicílio sem mandado, ora justificada em denúncias anônimas.

Analisando-se o processo nº 0328384-62.2012.8.05.0001 a hipótese de suspeição ocorreu devido a denúncias provenientes de dois adolescentes que faziam parte de uma quadrilha. As informações foram concedidas à central da polícia civil, afirmando que o acusado teria cometido um roubo anteriormente e seria líder de outra quadrilha, além de ser traficante (PROCESSO FLS. 05/11).

O procedimento adotado pelos policiais é descrito na seguinte passagem do depoimento de um dos agentes no auto de prisão em flagrante (fls. 05):

“Encontrava-se de serviço na região conhecida por Boiadeiro no Bairro da Suburbana (...) realizando diligências no intuito de localizar e conduzir à presença desta Autoridade uma quadrilha responsável por diversos assaltos a coletivos naquela região, comandada pelo indivíduo que atende pelo vulgo de “Binho Taco Taco”, (...). Que no “Boiadeiro” localizou a casa de “Binho Taco Taco”, que ao perceber a presença dos Policiais tentou evadir-se, mas quando viu que a sua casa estava cercada pelos Policiais resolveu entregar-se.”

Observou-se que o acusado foi descrito como pardo ou negro, alto, com tatuagens pelo corpo. Além de usar durante abordagem um blusão preto da marca Adidas e correntes prateadas com um “B” (Processo fls. 06) Novamente, a polícia entrou na residência do réu sem mandado de busca e apreensão, tendo encontrado a droga. Nesse caso, a entrada ocorreu durante a noite. Sublinhe-se que os policiais afirmam que estavam realizando diligências investigatórias, não havendo, portanto, urgência ou excepcionalidade na situação de abordagem.

Na sentença (PROCESSO FLS. 28/30) houve a desclassificação da conduta para uso. O processo, assim, foi remetido para o Juizado Especial Criminal. Houve, diferentemente dos outros casos, debate judicial sobre a legitimidade da abordagem policial. Com efeito, a defesa do acusado em seus memoriais (PROCESSO FLS. 14/23) apontou a nulidade da prova obtida pelas agentes. Contudo, para o juiz, a invasão de domicílio não foi ilícita visto que fundada em denúncia de outros réus que informaram sobre a atividade de tráfico pelo réu. Para ele, havia razões suficientes para se executar a invasão e flagrar-se o crime de tráfico, posteriormente, desclassificado para posse. Nesse trecho da sentença resta claro o entendimento do magistrado:

“No entanto, não há que se reconhecer o (sic) ilegalidade na violação de domicílio do réu feita pelos policiais. Como já mencionado pela defesa, a Carta Magna permite a violação de domicílio em caso de flagrante delito (art. 5, XI, da CF/88). Os prepostos da Polícia Civil foram levado (sic) à casa do réu em razão de denúncia de outros detidos que informavam sobre a

atividade de tráfico pelo réu, tendo, em função disso, sido motivada a existência de suposto flagrante pelos policiais, que tinha razões suficiente para executar a invasão e flagrar o crime de tráfico (PROCESSO FLS. 29).”

O juiz, para afastar a autoria, elucida que não há lastro probatório mínimo. Afirma que, embora, o acusado tivesse uma balança de precisão, a quantidade de droga era insignificante para se caracterizar a traficância. Novamente, o flagrante é utilizado para justificar a invasão de domicílio, nada obstante ausente qualquer situação excepcional que impedisse a expedição de mandado de busca e apreensão já que há nos autos registro de depoimentos de outros acusados.

Nos autos, não restaram provados nem o roubo, nem o tráfico, o qual foi posteriormente desclassificado para posse. Merece destaque também o fato de que o acusado permaneceu todo o processo preso preventivamente e no juizado especial criminal foi extinta a punibilidade do réu, pelo fato do delito de menor potencial ofensivo já encontrar-se prescrito. A quantidade de droga apreendida, ademais, era ínfima, 10 (dez) gramas de cocaína. Repreende-se, nesse ponto, o surgimento de uma nova pena ao indivíduo que não pode ser punido pela traficância e pelo uso. Fato é que o acusado, em seguida considerado usuário, foi punido pelo sistema penal de forma desarrazoada.

Já no processo nº 0062656 - 92.2011.8.05.0001, de acordo com o auto de prisão em flagrante, policiais militares, afirmando visualizar comportamento suspeito de hipotético traficante em via pública, entraram em uma residência para encontrar o restante da suposta quadrilha. Os policiais asseveraram que os outros dois acusados consentiram em sua entrada. No entanto, tal assertiva não foi confirmada por nenhuma testemunha civil. Os acusados, ademais, noticiaram que a conduta policial foi marcada por arbitrariedades. Foi apreendido um revólver da marca Rossi, calibre 22, sem numeração aparente e sem munição (PROCESSO FLS. 13/28).

Ficaram evidentes as contradições nos depoimentos dos policiais nos autos da prisão em flagrante e em juízo, além da incerteza quanto à origem das drogas. Outro ponto que merece destaque é a evidente diferença entre a



quantidade apreendida de entorpecente que consta no laudo preliminar, para a então relatada no laudo definitivo. Fato que não foi debatido em juízo, assim como as denúncias de torturas e maus tratos feitas pelo réu durante o curso do processo, o qual afirmou ter sido obrigado a confessar na delegacia (PROCESSO FLS. 131/133)

Os policiais relataram que os acusados confessaram ser traficantes durante a abordagem. O procedimento adotado pelos policiais é descrito na seguinte passagem do termo de interrogatório de um dos acusados (PROCESSO FLS. 132):

“Quando os policiais invadiram a casa revistando tudo e nada foi encontrado, Que não sabe onde os policiais encontraram a arma, Que só confessou a propriedade pois foi torturado pelo policial A. com um saco na cabeça (...) Que já conhecia o policial A. e o mesmo já tinha invadido a sua casa antes e sempre que encontrava o policial batia no interrogado e mandava o mesmo correr.”

Ademais, no laudo provisório foram analisadas 4 amostras: as 2 primeiras de maconha, contendo massa bruta de 80,02g e 80,41g respectivamente; a terceira de cocaína em pedra, ou seja, crack, com massa bruta de 4,18g e a última de cocaína em pó pesando 5, 72 g. (PROCESSO FLS. 32) No laudo definitivo a diferença foi extremamente visível, onde foram analisadas apenas 2 amostras, a primeira com massa bruta de 19,29g de maconha; e a segunda com apenas 0,26g de cocaína (PROCESSO FLS. 180).

A sentença resultou na absolvição dos réus (PROCESSO FLS. 188/193). O fundamento utilizado pelo magistrado foi o inciso V, do art. 186 do CP, a inexistência de provas. O juiz debateu a legitimidade da abordagem policial, considerando que a ação foi descrita como vaga e inconsistente, bem como, as testemunhas de acusação, os policiais, não se recordaram direito dos fatos.

Não obstante, igualmente, não se entra no mérito das questões sobre a tortura que os acusados alegaram sofrer dos policiais, nem a questão da entrada em domicílio ocorrida na madrugada sem mandado, com base

apenas na atitude suspeita de um dos acusados. Ressalta-se que os réus absolvidos permaneceram durante quase todo o processo presos preventivamente.

Passa-se aos exames dos processos julgados pela 2ª Vara Criminal de Salvador.

No processo nº 0096497-83.2008.8.05.0001, duas acusadas foram abordadas quando estavam dentro de uma residência, por volta das 19 horas. Consta no auto de prisão em flagrante que se iniciou com base em uma denúncia anônima que informava a presença de carros conduzidos por suspeitos de “vários crimes” na localidade (PROCESSO FLS. 06/46).

Os referidos veículos não foram encontrados, mas populares relataram que dentro da referida residência encontravam-se delinquentes. O procedimento adotado pelos policiais é descrito na seguinte passagem do auto de prisão em flagrante (PROCESSO FLS. 04/05):

“Foram comunicado (sic) pela Cantel, via rádio, que no bairro da Cidade Nova (...) tinham três veículos circulando, com aproximadamente 04 homens a bordo em cada um deles, os quais eram suspeitos de diversos delitos. Que deslocamos para o local, (...), os indivíduos suspeitos não foram localizados, porém populares indicaram uma casa (...), como ponto de esconderijo de delinquentes e tráfico de droga, possivelmente os mesmos indivíduos que estavam circulando nos veículos. (...) ao se aproximarem da referida residência, de logo, foram recebidos com disparos de arma de fogo. (...) invadiram a casa que os indivíduos estavam homiziados e no seu interior detiveram duas mulheres (...). No quintal da casa, dentro de uma sacola, foi encontrada grande quantidade de erva popularmente conhecida como ‘maconha’.”

Os condutores afirmaram que, ao aproximarem-se do local, foram alvejados por disparos de arma de fogo procedendo em sequência à entrada da casa, apreendendo mais de 500 (quinhentos) gramas de maconha. As réas não traziam escondida em seu corpo ou em suas vestes a droga, e ademais, confessaram ser usuárias e não traficantes. A prisão em flagrante das acusadas foi convertida em prisão preventiva, tendo elas permanecido presas por quase toda a fase judicial. (PROCESSO FLS. 118)

A sentença absolutória foi baseada no inciso VII, do art. 386 VII, do CP, ou seja, na inexistência de provas suficientes para a condenação, tendo sido constatado que as réas seriam garotas de programa e não eram as proprietárias das substâncias entorpecentes. Não há discussão, como na maioria dos casos, da legitimidade da atuação policial em sua abordagem e sua influência tanto nas provas como nas prisões realizadas (PROCESSO FLS. 210/215).

No caso relatado no processo nº 0018587-09.2010.805.000, policiais militares entraram, no período da tarde, na casa do acusado, conhecido pela alcunha “Chô”, baseando-se em denúncias feitas anteriormente a central sem autorização judicial específica. Houve um confronto entre a polícia e o réu, no qual o último foi atingido por três balas, vindo a falecer, posteriormente em um hospital, razão pela qual sua punibilidade ao final, foi extinta (PROCESSO FLS. 50).

No auto de prisão em flagrante (PROCESSO FLS. 03/15), consta que as denúncias anônimas noticiaram que um conhecido traficante estaria “homiziado” em um barraco em uma conhecida invasão de Salvador embalando drogas. Não há nos autos documento que comprove a veracidade das informações que constariam nessa suposta denúncia.

Segundo os policiais, ao chegarem ao “barraco”, o suspeito foi visto embalando drogas. Entretanto, quando percebeu a presença dos policiais, empreendeu fuga rumo aos fundos da invasão, local em que encontrou os agentes. Em seguida, foi lhe dada voz de prisão, a qual ele resistiu efetuando disparos, que foram revidados pelos policiais. No combate, o acusado foi baleado. Posteriormente, foi levado a um hospital pelos policiais, local em que faleceu.

Merece destaque o fato de que não há relatos de testemunhas civis que presenciaram os fatos. Nesse processo em que o acusado veio a falecer, não há nenhuma voz que não seja de quem realizou a prisão e o

baleou. Do mesmo modo, a prisão foi realizada por policiais militares em desvio de função, uma vez que não estavam atuando em policiamento ostensivo.

No auto de prisão em flagrante do processo nº 0164792-41.2009.805.0001 (PROCESSO FLS. 06/10), os policiais civis condutores afirmaram que estavam buscando os autores de um homicídio. O elemento de suspeição foi uma denúncia anônima encaminhada a central. Os policiais, para encontrar suspeitos de um homicídio, entraram na casa do acusado, encontrando na ocasião a droga (25 papelotes de maconha) e um revólver.

No interrogatório policial (PROCESSO FLS. 148/149), o acusado afirmou que os policiais implantaram a droga em sua casa, que já foi usuário e que a quantidade de droga apreendida era pequena. Narrou às fls. 148 que os policiais:

“Foram na casa da mulher do interrogado, que ficava na mesma rua, prenderam o interrogado e plantaram um revólver 38 acusando-o falsamente de ser o proprietário; que em seguida foram com o interrogado na casa deste e lá o interrogado viu a testemunha, um policial, conhecido como Marcão, retirando da sua jaqueta várias barangas de maconha e colocando-as dentro de um saco contendo calcinhas que estava na casa do interrogado, incriminando-o falsamente mais uma vez; que os familiares de Josefa e Manoel chegaram a dizer na delegacia que o interrogado não era o assassino, mas não adiantou; que não sabe porque o incriminaram, não pediram dinheiro e , não tem nada contra eles; que já fez uso de maconha; que em 2009 tinha 20 anos e em 2007.”

Nesse processo também não constam os elementos que deflagraram a atividade policial, qual seja, os registros da denúncia anônima. A verificação dos fatos narrados pelo acusado restou prejudicada, em razão de sua morte, em 09/11/2011, vítima de disparo de arma de fogo, em resistência à prisão de outro crime. A sentença, por conseguinte, extinguiu a punibilidade.

Em se tratando do processo nº 0092307 - 77.2008.8.05.0001, alguns pontos ser destacados. No caso, repete-se a situação da entrada policial no domicílio do suspeito, sem a presença ou ao menos a discussão da possibilidade de expedição de mandado. O fato ocorreu à noite. O policial

militar condutor em seu depoimento no auto de prisão em flagrante expôs (fls. 41) que:

“Estando em diligência devido ao disque denúncia de que nesta área havia traficantes (...), encontraram um suspeito, tentou evadisse (sic) e veio a ser alcançado, após várias interpelações o mesmo o conduziu a sua residência onde havia uma grande quantidade de um pó branco e uma arma de fogo, revolver de marca Rossi, (...), uma quantidade de mato aparentando (...) maconha, (...) tendo este alegado que encontrou as drogas em via pública.”

O réu em seu interrogatório judicial (PROCESSO FLS. 88) afirmou que foi abordado em via pública, sendo que não tinha nenhum objeto em sua posse, tendo sido conduzido a sua residência, local onde a polícia apreendeu uma arma de fogo de sua propriedade. Afirmou, ainda, que a droga apreendida, embora confesse ser usuário, não estava em sua residência. Não há testemunhas civis do fato.

A sentença condenatória (PROCESSO FLS. 05/16) foi baseada em testemunhos policiais contraditórios, com circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao réu que se confundem com as características do crime em si, ou seja, sem fundamentação válida. O magistrado não discute se a abordagem policial em via pública e a posterior entrada em domicílio sem autorização judicial expressa foi ilícita, ou não, condenando o réu. Entendeu (fls. 10) que ele:

“Foi abordado na rua, sem portar drogas ou armas e conduzido até sua casa, aí sim, local onde os policiais encontraram um saco contendo 60,06 g de maconha. É como esse juízo acredita ter se dado ao fato gerador desta ação penal.”

Dois pontos assombram na fundamentação da sentença. Primeiro, a falta de discussão acerca do fato dos policiais, aparentemente desmunidos de elementos aptos a ensejar a abordagem do acusado, o levam até sua casa, não se sabe em que condições, apreendendo droga, ressaltando-se mais uma vez o fato do acusado negar sua propriedade. Segundo, a condenação por tráfico de alguém que supostamente possuía apenas 60

(sessenta) gramas de maconha nas penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e se diz usuário.

A seu turno, no processo nº 0036501-23.2009.805.000, consta no auto de prisão em flagrante (PROCESSO FLS. 01/08) que policiais militares fizeram incursão em um bairro na periferia, pois tiveram a informação de que ali havia um indivíduo comercializando drogas em uma praça. Infere-se dos depoimentos, que chegando ao local, os policiais realizaram revista nos suspeitos, tendo encontrado maconha. O policial afirmou que o acusado:

“Declinou, após ser questionado pelo depoente e seus colegas de guarnição, ter ainda outras porções da mesma droga alojadas no interior do fogão em sua residência. Que o depoente e seus colegas foram ao local indicado e ali encontraram mais de 400 (quatrocentas) dolas de maconha acondicionadas em papel, e prontas para a comercialização.”

A entrada dos policiais na casa ocorreu na madrugada, ademais não havia testemunhas civis que presenciaram a atuação policial. A situação narrada traz alguns questionamentos. O primeiro deles é que não se sabe, pela análise dos autos, a origem da notícia que ensejou a abordagem policial. Segundo, não se sabe em que condições o acusado foi levado até sua residência para que a droga fosse encontrada. E por último, se a entrada dos policiais para apreender as provas era imprescindível ao ponto de não se poder esperar a expedição de uma ordem judicial que determinasse a busca e apreensão.

A análise se tais pontos seriam abordados na sentença, restou prejudicada pelo fato do réu ter falecido antes da sentença devido a Pneumonia, cirrose e insuficiência hepática. No interrogatório judicial (fls. 62/63) o acusado afirmou que era traficante há 20 anos, e o fazia para sustentar-se. Também aduziu que os policiais o agrediram, não havendo nos autos nenhuma investigação feita para comprovar ou desmentir a alegação. Sublinhe-se que o fato do réu confessar ser traficante, não corrige uma abordagem policial desarrazoada e desproporcional.

No inquérito do processo nº 0062891-59.2011.8.05.0001, mais precisamente no termo de assentada (PROCESSO FLS.11/12), destaca-se a forma como os policiais abordaram os acusados, em uma ronda:

“Avistaram alguns indivíduos em atitude suspeita, resolveram abordá-los, que pararam a viatura e adentraram ao beco, alguns deles correram e conseguiram apreender o adolescente ora apresentado e identificado como G.M.S<sup>34</sup> e prender o adulto identificado como V.P.R., que tinham adentrada (sic) em uma casa abandonada, e com eles foram encontradas 46 (quarenta e seis) papéletes de substância sugestiva cocaína (...) e que com V.P.R. foi encontrado um revólver.”

O acusado negou todas as informações afirmando que as drogas não lhe pertenciam, nem era usuário, nem traficante. Nos autos, fica claro que o indivíduo era negro através de elementos pictóricos (PROCESSO FLS. 40), o que tende, dentro de uma estrutura de racismo institucional, explicar a fala policial de atitude suspeita. Às fls. 107, foi juntada certidão de óbito do acusado, a qual determinou como causa morte a perfuração torácica decorrente de arma de fogo.

Pelo relato dos casos, denota-se, em suma, a repetição de situações na atuação policial, quais sejam a discricionariedade dos elementos de suspeição que embasam a prisão em flagrante e a entrada sem mandado, bem como, relatos de tortura não apurados.

Duas situações críticas e problemáticas se repetem. Na primeira delas, com base em denúncias anônimas sem registro, os policiais, ausentes motivos urgentes para atuarem, invadem o domicílio do suspeito, que pode ser usuário ou traficante, sem nenhuma forma de autorização expedida pela autoridade competente, o juiz. Na segunda situação, os agentes policiais em rondas rotineiras, pelo que eles afirmam, encontram indivíduos suspeitos na via pública, os abordam, e “pedem” para entrarem em suas casas para apreender as drogas. Não há autorização do magistrado, nem urgência a justificar tal ação.

---

<sup>34</sup> Para preservar-se a intimidade dos acusados, serão divulgadas apenas as iniciais de seus nomes.

Os juízes não discutem tais questões em suas sentenças. Isso coloca os acusados em uma situação em que são espectadores em seu próprio processo, vez que as absolvições ocorrem, na maioria dos casos, pela falta de provas aptas a embasar a condenação, em detrimento de uma discussão anterior, a ilegalidade/inconstitucionalidade das provas obtidas através de uma plena invasão de domicílio.

Enfatiza-se que embora, em alguns casos, os réus tenham sido absolvidos pela ausência de provas, o problema situa-se em seu nascimento ilícito, uma vez que obtidas através da violação da casa, a qual deveria ser/pressupõe-se ser asilo inviolável dos indivíduos.

### **3.3 O elemento suspeito na abordagem policial: conclusões através dos casos abordados**

Analisando os casos acima, conclui-se que a premissa de guerra contra os pequenos traficantes na busca da segurança da coletividade não justifica a invasão de domicílio. A polícia, em regra, entra na casa do grande traficante portando mandado de busca e apreensão, o que não ocorre quando esse traficante, sujeito as mesmas regras penais e processuais penais, é pardo ou negro, de baixa renda e jovem, como se infere da amostra.

Sublinhe-se que a prisão em flagrante no crime de tráfico de drogas, com a entrada em domicílio, atinge majoritariamente os indivíduos marcados por estigmas sociais.

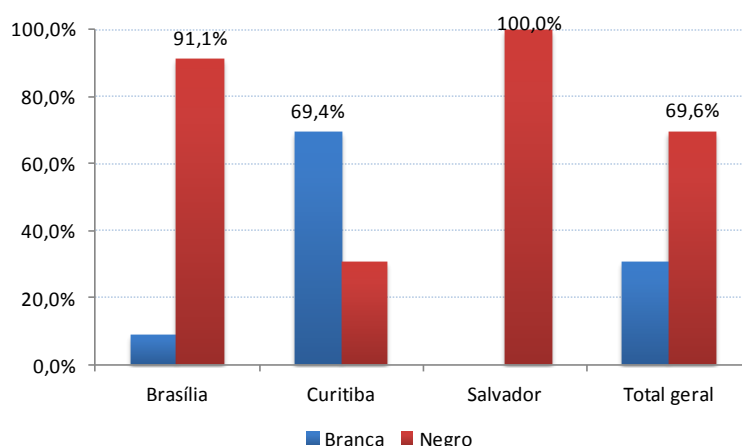
Nos próximos tópicos, serão mostrados, a fala dos polícias militares de Salvador/BA e os resultados quantitativos relativos aos processos ora analisados. Ressalta-se, que essas informações constam no relatório final, ainda não publicado, da pesquisa “Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas?”.



### 3.3.1 Dados relativos à prisão em flagrante na amostra de Salvador

A classificação racial dos suspeitos abordados em Salvador/BA pode assim ser representada graficamente.

**Gráfico 01 – Classificação racial dos acusados**



Embora segundo, o IBGE<sup>35</sup> a população de Salvador/BA não seja composta em sua totalidade por negros/pardos<sup>36</sup>, todos os acusados tinham essa característica. Porém, esse não foi o foco principal do presente trabalho, sugerindo-se sua futura abordagem.

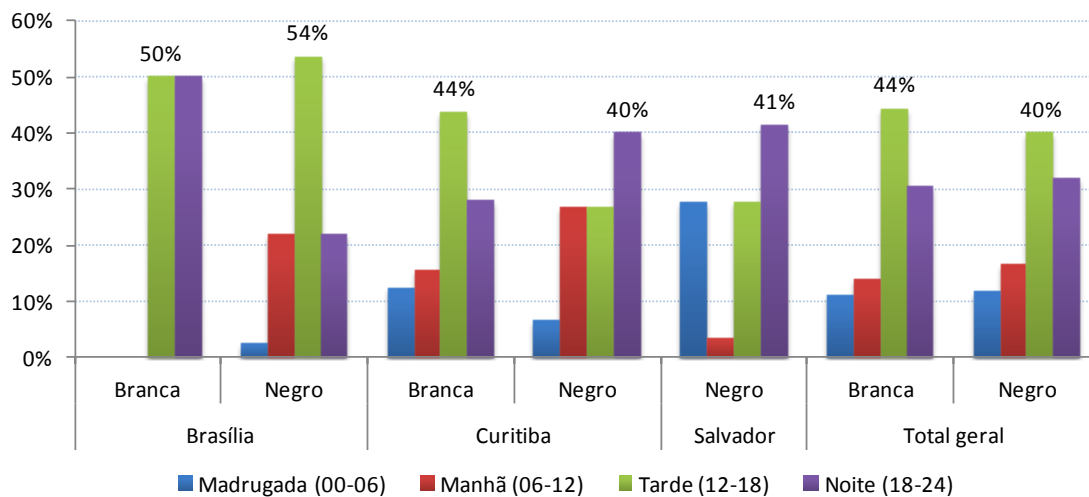
A seguir, dados sobre os horários de ocorrência dos flagrantes.

---

<sup>35</sup>A população negra em Salvador corresponde a 80% da população. Fonte: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=292740&idtema=67&search=bahia|salvador|censo-demografico-2010:-resultados-do-universo-caracteristicas-da-populacao-e-dos-domicilios-> <Acesso em 29 de novembro de 2013>

<sup>36</sup> Salvador é a cidade com a maior porcentagem de negros do país, 80%. No entanto, dentro dos processos analisados não foi encontrado nenhum indivíduo que teve sua casa violada e não fois, assim, classificado no quesito cor/raça.

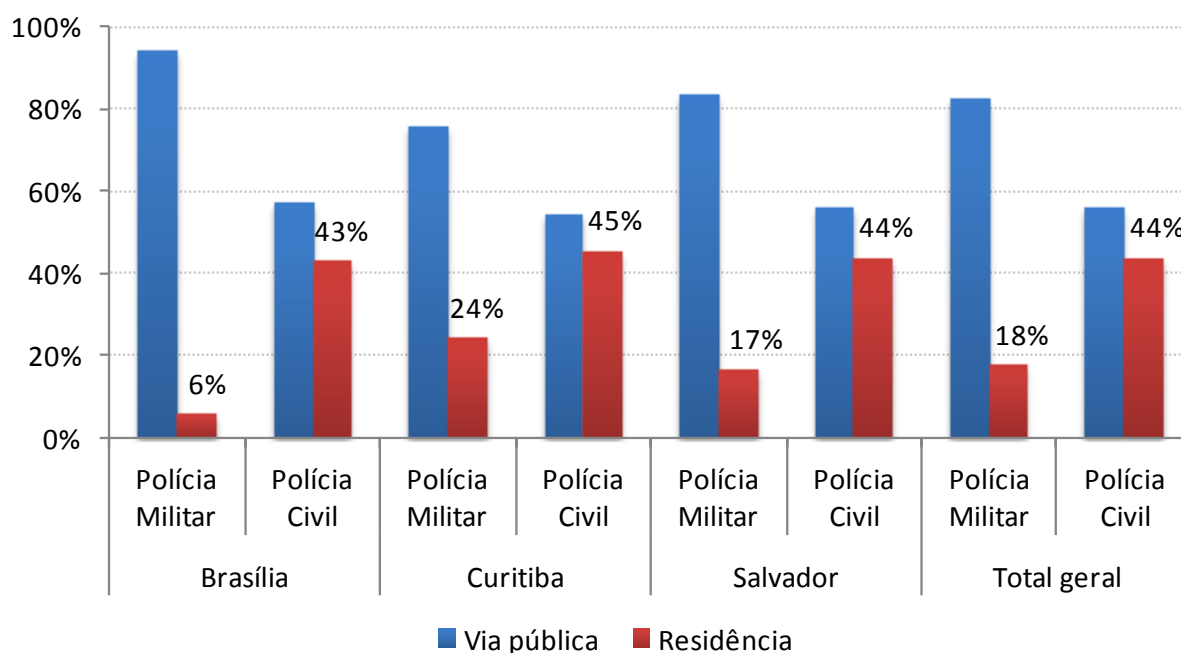
**Gráfico 02 - Horário de realização das prisões em flagrantes**



Analisando o horário da ocorrência, apreende-se que em Salvador, o maior número dos “flagrantes” se deu no período da noite, diferentemente das outras cidades, onde a maioria aconteceu no período da tarde.

Por fim, segue gráfico relativo à divisão dos flagrantes realizados entre as policias militares e civis.

**Gráfico 03 – Quem realizou o flagrante?**



Dentre os casos analisados em Salvador relativos à entrada policial em domicílio, 17% destes foram realizados pela polícia militar e 44% pela polícia civil. Ressalta-se que não há em nenhum dos autos a presença de mandado de busca e apreensão, que caso existente, não consta nos autos.

Sublinhe-se que em futura análise, os dados relativos às cidades de Brasília e Curitiba serão interrelacionados a pesquisa.

### **3.3.2 Falas dos policiais nos Grupos Focais de Salvador**

As falas policiais nos grupos focais realizados em Salvador referentes à pesquisa ora discutida<sup>37</sup>, demonstraram que a entrada dos policiais dentro da casa dos suspeitos é baseada em critérios impregnados de discricionariedade. Como será visto os agentes não dizem que suas ações não possuem critérios claros e razoáveis, mas sim, são baseados na “experiência” ou em seu “tirocínio”. Desse modo, nesse tópico, será feita uma análise qualitativa dos discursos policiais.

<sup>37</sup> O grupo focal foi realizado no dia 13 de agosto de 2013, no período da tarde, no campus Federação da Universidade Católica de Salvador. O grupo foi composto de 09 PMs, todos homens, entre 25 e 49 anos

Um dos policiais militares afirma que a identificação do suspeito do crime de tráfico tem início por meio de denúncias anônimas, que descrevem o elemento suspeito; por meio de investigações prévias; ou pela abordagem em via pública:

“A identificação pode ser feita por meio de denúncia anônima, onde são passadas as características do elemento suspeito, como a roupa que está vestindo, boné que está usando, tatuagem, ou através de investigação ou até mesmo reconhecimento pelos policiais, por se tratar de um elemento conhecido pela polícia pela prática de tráfico de drogas” (Q1).

Sublinhe-se a afirmação de que a abordagem pode ocorrer através de prévias investigações pela polícia militar, o que vai de encontro a suas competências definidas constitucionalmente, além de demonstrar a inexistência, em regra, de urgência na investida policial.

Nesse sentido, outro policial afirmou que a investigação prévia<sup>38</sup> seria o modo mais eficiente de combate ao tráfico, uma vez que identificaria a ponta da cadeia criminosa:

“Na maioria das vezes a identificação e abordagem de suspeitos pela prática de tráfico de drogas e através da iniciativa do policial militar, mas acredito que o correto seria através de investigação prévia, pois iria identificar a maior parte, na verdade, quem de fato manipula o tráfico de droga” (Q6).

Além disso, em suas falas, os policiais deixam claro que os locais influenciam nas formas de abordagem:

“Geralmente as abordagens são feitas em locais onde a prática do tráfico de drogas é conhecida seja por parte de denúncias de moradores, ou por investigação por parte da própria polícia. Sendo assim, pessoas que ficam nos locais conhecidos como boca de fumo são os principais suspeitos” (Q1);

---

<sup>38</sup> A fala desse policial pode ser entendida no sentido de que no procedimento de investigação prévia a polícia deve pautar suas ações através de autorizações judiciais. Assim, necessário seria a expedição de mandados de busca e apreensão pela autoridade competente.

A seu turno, a difícil distinção nas abordagens entre quem seriam os usuários e quem seriam traficantes também ganhou destaque:

“Identificar um traficante é difícil porque a droga está em todas as classes sociais. Você vê um trabalhador de gravata é um usuário, pode ser um traficante. Um pobre na rua pode ser um traficante também. A droga está muito heterogênea nas classes sociais. Só investigação ou caso numa abordagem a gente tenha sorte” (PMBA);

“Já conseguimos 03 metralhadoras por causa de 01 usuariozinho. Se a gente trabalha o dia a dia e não prende ninguém, a gente fica triste. Agora a gente sabe a diferença entre quem tem que apertar ou não. Não é qualquer um não” (PMBA);

“O usuário eu também levava, porque no mínimo ele ia ficar sujo lá, com uma entrada. E a probabilidade dele virar um traficante, um avião é muito grande” (PMBA);

Nessas últimas falas denota-se que o usuário é retratado até mesmo como um indivíduo pior que o traficante, o que justificaria a importância do trabalho da Polícia Militar em pequenas apreensões e abordagens, nas hipóteses, por exemplo, de entrada em domicílio. A ação policial, logo, é compreendida por seus agentes a partir de um caráter moralizante da sociedade. Eles, seguindo seus critérios, teriam a missão de moralizá-la.

A discricionariedade e abertura desse discurso policial são espantosas, pois trata de um dos mais importantes instrumentos de trabalho da polícia militar, a suspeita. Não se deveria deixar algo que tende a infringir direitos individuais ao arbítrio de um discurso pautado no senso comum ou na “experiência”.

Com efeito, os relatos dos policiais apontam que indivíduos de certas partes das cidades possuem uma “índole” para o crime. Em relação à construção de elementos de suspeita, os policiais reiteradamente apontam que esses elementos não existem, existindo somente “situações” suspeitas.

As abordagens policiais não podem ser justificadas pelo “tirocínio” que permitiria através da intuição perceber quem é ou não suspeito. Ao contrário, o subjetivismo tem relação com uma zona de discricionariedade impregnada de estereótipos não só sociais como também raciais. Além disso, permite-se que o policial, nessa “luta contra o crime”, erre inúmeras vezes, fazendo abordagens e incursões em domicílios, até que consiga alcançar seu objetivo, qual seja a apreensão de drogas e suspeitos, sob o custo de violação de direitos individuais.

### **3.3.3 Conclusões preliminares sobre os dados recolhidos**

Analisando-se o flagrante no crime de tráfico de drogas, tem-se que na maior parte das vezes, o flagrante leva a decretação da prisão preventiva dos acusados. Ademais, constata-se que a versão narrada pelos policiais do flagrante é a única versão, na maioria dos casos, que embasa não só a decretação da prisão cautelar, como também a sentença.<sup>39</sup>

Outro ponto que se pode inferir dos dados recolhidos na pesquisa foi a falta de investigação durante o inquérito. As provas produzidas reduzem-se ao auto de prisão em flagrante. Isso pode ser justificado em grande parte pelo fato da polícia militar que realizou alguns dos flagrantes não possuir poder investigativo. No entanto, também não há diferença das provas juntadas quando o condutor no auto de prisão em flagrante é policial civil.

A prisão em flagrante encerra, na maioria dos casos, a investigação. Ela, posteriormente convertida em prisão preventiva, ganha nesse cenário um papel de “prevenção e controle”, desviando-se de sua função essencial, qual seja o de encerrar o cometimento do delito.

Denota-se a existência de provas não constantes no inquérito, “provas invisíveis”, aqui entendidas, como aquelas que justificam os elementos de suspeição, como as denúncias anônimas. Em nenhum dos casos,

---

<sup>39</sup> Para Raupp (2005, p. 22) apud BOITEUX, et. al. (2009, p. 55), o policial sempre tentará legitimar sua conduta, afirmando que havia necessidade na entrada em domicílio, o que é agravado pelo fato de que os policiais que realizam a prisão são como dito, na maior parte das vezes, as únicas testemunhas do crime. Não havia nem usuário comprando a droga nem outras testemunhas, além dos policiais.

estudados, há registro das denúncias feitas à central. Não é claro como os policiais chegam à conclusão de que podem abordar os suspeitos.

Essas provas ocultas influenciam todo o curso do procedimento processual penal. No caso em que ocorreu condenação do acusado ao final do processo, a abordagem policial teve início com denúncias anônimas sem registro nos autos. Ademais, apenas os depoimentos dos policiais, não havendo depoimentos de nenhuma testemunha civil ou usuário, embasaram a condenação do réu, em clara afronta ao princípio do *in dubio pro reo*.

Por fim, constatou-se, preliminarmente a existência de um determinado padrão nas prisões em flagrante no tráfico de drogas com a entrada policial em domicílio na cidade de Salvador/BA: a prisão é realizada na maior parte das vezes, por policiais civis sem mandado judicial; o único testemunho dado é o da autoridade policial; a droga apreendida não estava na posse do acusado (local próximo, ou apreensão feita em casa); todos os acusados eram pardos/negros.

Pela amostra, notou-se a presença de mais sentenças absolutórias que condenatórias.<sup>40</sup> Embora, a maioria dos acusados tenha sido absolvida, sobre eles recaiu sim, punição. É que, como já dito, a maior parte dos acusados, teve decretada a prisão preventiva. Além disso, houve em apenas um dos casos discussão na fundamentação da sentença acerca da origem lícita ou ilícita da prova/prisão e da atitude policial, resultando a sentença em desclassificação para posse. Confirma-se que os juízes em suas decisões evitaram tal discussão.

Há um cenário de caçada aos traficantes e moralização da sociedade que criminaliza estigmas. Nesse sentido, Boiteux et. al. (2011, p. 125) afirma que:

“Quando se observa o perfil dos casos e suas fragilidades, parece ser a gravidade do crime tratada mais de forma abstrata do que focada nas especificidades e condições pessoais de cada um. Os operadores, por vezes, se referem aos traficantes

---

<sup>40</sup> Houve apenas uma sentença condenatória nos casos analisados.

como se eles incorporassem todo o mal existente na sociedade, como se eles fosse, independentemente da posição que ocupam na rede do tráfico e de suas trajetórias, o “inimigo” a ser combatido.”<sup>41</sup>

Porém quando os indivíduos não podem ser condenados pelo tráfico, por serem usuários ou pela ausência de provas da traficância, surge uma nova penalização. Eles permanecem boa parte do processo presos preventivamente colhendo os danos de uma pena que não faziam jus.

O capítulo buscou demonstrar a existência de uma alarmante relativização de direitos individuais no sistema processual penal que afronta suas próprias bases, qual seja a proteção dos direitos do cidadão frente à força punitiva estatal.

Com efeito, as decorrências da criminalização da droga atingem mais fortemente a camada da população marcada por diversas faces da exclusão social, por isso deve-se exigir que a entrada no domicílio dos acusados, quando não presente a figura do flagrante próprio, deva ser feita através de mandado judicial, este baseado em uma causa provável a ser investigada por um magistrado competente, e não de maneira informal pelas polícias militar e civil em afronta a inviolabilidade do domicílio (JESUS, et. al., 2011).

---

<sup>41</sup> BOITEUX et. al., Pensando o Direito n° 1/2009, p. 125



## CONCLUSÃO

A presente monografia procurou demonstrar como o direito constitucional à inviolabilidade de domicílio, no contexto de combate às drogas, é constantemente transgredido na prática policial cotidiana. Mostrou-se como a jurisprudência e a doutrina majoritária utilizam um discurso retórico de que todos os tipos de crimes permanentes permitem a entrada em domicílio dos policiais sem mandado em razão da consubstanciação do flagrante.

Contudo, defendeu-se que nem todos os tipos penais classificados como permanentes podem ensejar a entrada policial em domicílio sem autorização judicial. Essa hipótese só pode ocorrer em situações urgentes e excepcionais. Afirma-se, por um lado, que se interpretando teologicamente a constituição brasileira, a entrada policial em domicílio sem mandado só seria permitida nas hipóteses de flagrante próprio, aquele delito em que a violação do bem jurídico é percebida através de algum sentido, não podendo, por exemplo, ser embasada em denúncias anônimas.

No mesmo sentido, os agentes policiais só poderiam adentrar à residência alheia sem autorização judicial expressa nas hipóteses de crimes classificados doutrinariamente como delitos de dano e de perigo concreto. Nesses crimes, o bem jurídico protegido pela norma penal pode ser efetivamente infringido, ao contrário dos chamados crimes de perigo abstrato, em que não existe perigo real, sendo este presumido pela norma. Essa é, portanto, a diferença entre o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e o previsto, por exemplo, no art. 159 do Código Penal, extorsão mediante sequestro.

Enquanto, no segundo delito há um perigo real de transgressão ao bem jurídico vida/propriedade, no primeiro existe somente um perigo presumido de violação à saúde pública. Não há nessa segunda hipótese urgência quanto à entrada dos policiais no domicílio, o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de perseguição. Logo, se os policiais entrarem sem

mandado na casa de um acusado de tráfico de drogas baseados apenas em denúncias anônimas, ou nos chamados elementos discricionários de suspeição que dão início a abordagem em via pública, essa prova deve ser considerada originariamente ilícita e desentranhada dos autos. Qualquer defeito no momento de nascimento da prova deve causar sua invalidação.

A chamada “entrada franqueada” é, pelo exposto, inconstitucional. A casa, como disposto na Constituição, é um asilo inviolável, lugar em que o indivíduo deve estar protegido contra arbitrariedades. Pontue-se, também, a incompetência da polícia militar, não apta a realizar buscas e apreensões, bem como, o desrespeito ao princípio da não produção de provas contra si.

Para que esse entendimento seja aplicado, é imperioso observar como a ilicitude das provas e prisões obtidas com violação a intimidade/privacidade vem sendo discutida ao longo dos anos pela Suprema Corte Americana. Nos Estados Unidos, diferentemente, do Brasil, há uma discussão judicial sobre a atividade policial e as formas de manifestação de sua discricionariedade, embasando-se nas hipóteses criadas a partir da interpretação da Quarta Emenda.

Os juízes e tribunais esquematizaram meios de limitar os meios de ação dos agentes policiais. Compreendeu-se que, embora, não exista a pura imparcialidade, ela pode ser disposta em diferentes graus. Os juízes, nesse sentido, seriam mais imparciais em suas decisões, diferentemente dos policiais, que lidam diária e constantemente na luta contra o crime. Desse modo, a decisão se o domicílio dos cidadãos deve ou não ser invadido, deve, em regra, sempre, recair sobre o magistrado. Sublinhou-se, no entanto, que a regra sofreu inúmeras novas leituras pela corte, o que propiciou o alargamento das situações que permitem a não expedição do mandado.

A prova obtida com abuso as garantias de privacidade, como a inviolabilidade de domicílio deve ser desentranhada do processo devido à ilicitude de seu nascimento. Diferentemente do que vem acontecendo no Brasil, como demonstrado pela leitura dos processos colhidos nas Varas Criminais de

Salvador, onde, a atitude policial é legitimada sob a fundamentação de guerra à criminalidade, principalmente o crime de tráfico de drogas.

O paralelo traçado entre a doutrina americana e a brasileira possibilitou a compreensão de que, embora no primeiro país ao longo dos anos tenha havido uma dilatação das hipóteses lícitas de buscas sem mandado, nele permanece firme a discussão sobre as chamadas causas prováveis, que além de permitirem a não expedição de autorização judicial, devem embasar o mandado de busca e apreensão quando ele for requerido pelos policiais à autoridade competente. No Brasil, não há, na grande maioria dos casos, a discussão de causa provável. Repete-se o argumento fraco e desarrazoado de que o tráfico é crime permanente, e por isso, e só por isso, permite a entrada dos policiais em residência alheia em qualquer hora do dia ou da noite. No entanto, como já dito, essa assertiva não se harmoniza com a ordem constitucional vigente.

Como foi possível observar, não se trata apenas da entrada policial sem autorização. Existem outros elementos por trás da atuação desses agentes representantes do Estado, aqui enfatizando sua atuação no combate às drogas. As regiões mais pobres e seus moradores são alvo da maior probabilidade de suspeição, havendo uma “permissão” dada por essa “guerra” da sociedade contra as drogas, para que regras constitucionais e direitos individuais sejam quebrados.

Contudo, o tráfico surge como uma oportunidade de gerar riquezas, devendo ser combatido, não com guerra, mas sim com políticas públicas voltadas ao investimento na educação, na distribuição de renda e na luta constante contra elementos estigmatizadores e discriminatórios. Para Zaluar (2004, p. 35), as respostas para esses problemas não são simples, nem unilaterais. Devem ser considerados os aspectos institucionais, políticos, culturais, econômicos e sociais das questões.

Com a leitura dos casos, concluiu-se, através da Pesquisa “Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas?”, que os critérios que embasam a

atuação policial, são, de forma geral, baseados no “saber das ruas”, no “tirocínio” adquirido através de experiências anteriores. Esse paradigma é parcialmente validado quando interage com o Sistema de Justiça Criminal, uma vez que, esse veda os olhos para os padrões que reproduzem cotidianamente a violência, negando a ilicitude de provas.

Os Tribunais tendem a validar o trabalho dos policiais quanto à existência de pressupostos objetivos para a fundada suspeita e seu controle em juízo da iniciativa tomada pelo policial; a caracterização do crime de tráfico de drogas como crime permanente e a aceitação da prisão, busca domiciliar e revista pessoal com base na hipótese excepcional de flagrante, e até mesmo, a tortura. Tal fato ofende os direitos os direitos mais basilares dos acusados, assim como os princípios fundantes de um Estado Democrático de Direito.

A pesquisa sobre Atitudes, Normas Culturais e Valores em Relação à Violência de Direitos Humanos e Violência (NEV, 2011), demonstrou que a maioria da população brasileira (63,8%)<sup>42</sup> é contra a invasão da polícia nas casas das pessoas. Essa informação choca-se com a percepção midiática dada a guerra às drogas de que elas devem ser combatidas a qualquer custo.

O Tráfico de Drogas não deve ser demonizado pela sociedade. Seu combate passa por mudanças estruturais e pela compreensão de que a distinção entre usuários e traficantes só ocorre realmente nos casos concretos. Devido a isso podem ser percebidas inúmeras falhas na penalização dos acusados. O debate sobre sua descriminalização não foi o enfoque do presente trabalho, embora possa ser associado aos debatidos elementos de suspeição e de estigmatização social, temas que ainda se ligam ao racismo, entendimento amplamente, ou em seu aspecto institucional, relativo às estruturas policiais. Temas que, pelo teor do trabalho, não puderam ser devidamente abordados.

Um longo caminho ainda deve ser percorrido para que os sistemas penal e processual penal garantam efetivamente aos cidadãos seus direitos individuais. Direitos, dentre eles a inviolabilidade domiciliar, devem ser

---

<sup>42</sup> (NEV, 2011, p. 44) . <http://www.nevusp.org/downloads/down228.pdf> < Acesso em 28 de novembro de 2013.>

garantidos a todos, sejam eles negros ou brancos, pobres, traficantes ou usuários de drogas, não podendo ser relativizados pela atuação policial.

Pela leitura dos casos de Salvador, notou-se, como dito, a repetição de violações de direitos dos acusados. O problema do Direito é sua prática cotidiana. Não basta a lei, nem sua interpretação. Norberto Bobbio relembra que o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é justificá-los, mas sim protegê-los. Para, o autor:

“Trata-se de um problema não filosófico, mas político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza ou seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”<sup>43</sup>

Assim, não basta o texto constitucional. Ele deve ser colocado em prática cotidianamente, e de modo mais pujante na ação policial. Com o presente trabalho, não se pretende reduzir a importância do combate às drogas, mas sim, possibilitar o entendimento de que tal combate tem limites. Limites para a garantia dos direitos dos cidadãos. Limites, sem os quais, o próprio Estado, seja aqui, ou nos Estados Unidos, deslegitima-se.

---

<sup>43</sup> (BOBBIO, 1992, p. 25)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[AMARAL, Cláudio. 2012. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. Disponível em: < http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/162-inviolabilidade-do-domicilio-e-flagrante-de-crime-permanente-por-claudio-amaral](http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/162-inviolabilidade-do-domicilio-e-flagrante-de-crime-permanente-por-claudio-amaral) . Acessado em 20/09/2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal – Tomo II. 2ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2009.

BARRETO, Fabiana Costa. Flagrante e Prisão provisória na Criminalização de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena. Monografia apresentada em Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito, 2006.

BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. 1º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992.

BOITEUX, Luciana; Ela Wiecko Volkmer de Castilho; Beatriz Vargas; Vanessa Oliveira Batista; Geraldo Luiz Mascarenhas Prado; Carlos Eduardo Adriano Japiassu. Série Pensando o Direito nº 1/2009 – Tráfico de Drogas e Constituição. Versão digital.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal – Fernando Capez. – 14º Edição– São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones Sobre el Proceso Penal. V. II. Tradução de: Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: Editora El Foro, 2002

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de Castro. GONÇALVES, Eduardo da Silva. A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aplica%C3%A7%C3%A3o-da-common-law-no-brasil-diferen%C3%A7as-e-afinidades>> Acessado em 05/11/2013

DORMAN, GABRIEL. 2013. Searches: Limitations and Exceptions to the Fourth Amendment. Disponível em: <<http://www.criminaldefenseduilawyer.com/criminal-defense-tips/police-searches-limitations-and-exceptions-to-the-fourth-amendment/>>. Acessado em: 19/09/2013.

DOYLE, Charles. Warrantless, Police-Triggered Exigent Searches: Kentucky v. King in the Supreme Court. Disponível em <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41871.pdf>> Acessado em 05/10/2013

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal, tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 7º Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FLORIDA v. JARDINES. Certiorari to the Supreme Court of Florida. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-564\\_5426.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-564_5426.pdf)> Acessado em 03/11/2013

Fourth Amendment. Disponível em: <http://www.criminaldefenseduilawyer.com/criminal-defense-tips/police-searches-limitations-and-exceptions-to-the-fourth-amendment/> Acessado em 19/09/2013.

GARDNER, Thomas J., e ANDERSON, Terry M. Criminal Evidences: Principles and Cases. 8º Edição. Belmonte, Califórnia: Wadsworth Cengage Learning, 2013.

GRANO, Joseph D. Problems in Criminal Procedure. 3º Edição. United States of America: West Publishing CO, 1997.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5º Edição. São Paulo: Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de. Direito Penal – parte geral. 1º volume. 31º Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

JESUS, Maria Gorete Marques de.; Amanda Hidebrando Oi; Thiago Thadeu da Rocha; Pedro Lagatta. Coordenador: Maria Gorete Marques de Jesus. Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de estudo da violência, São Paulo, 2011. Versão digital.

[JOELIS JARDINES, Petitioner, v. STATE of Florida, Respondent. Disponível em: <http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/Jardines v State 73 So 3 d 34 Fla 2011 Court Opinion>](http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/Jardines_v_State_73_So_3_d_34_Fla_2011_Court_Opinion) Acessado em: 25/11/2013

Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html> Acessado em 05/11/2013

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. 1, 7ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

\_\_\_\_\_. Prisões cautelares. 4º Edição. Editora Saraiva, 2013

MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal, José Frederico Marques – 2º edição. – Campinas: Millennium, 2000. Volume IV

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRABETE, Código de Processo Penal interpretado. 5º Edição, Editora Atlas, 1997.



MORGAN, ROBERT. 1991. Knock and Talk: Consent Searches and Civil Liberties. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/133194NCJRS.pdf>> Acessado em 15/09/2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 5ª ed. rev. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006

RAMOS, Silvia; Leonarda Musumeci. “Elemento suspeito”, abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Boletim segurança pública e cidadania, ano 03, nº 8, dezembro de 2004, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Versão digital.

SALTZBURG, Stephen A. American Criminal Procedure: cases and commentary/ by Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra. – 5ª edição. American casebook series, 1996.

TÁVORA, Nestor; Rosmar Antonni. Curso de Direito Processual Penal. 8ª Edição: Editora Juspodivm. São Paulo, 2013.

TORNARGUI, Helio. Instituições de Processo Penal, vol III, 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1959.

ZALUAR, ALBA. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

Anexo A – Questões referentes ao questionário aplicado aos processos das 1º e 2º Varas Criminais de Salvador/BA.<sup>44</sup>

### **B) Descrição da Situação de Flagrante e Ação Policial**

- 1) Qual a data do fato?
- 2) O réu foi preso em flagrante?  
a)  Sim. Qual a data do flagrante?  Não.
- 3) Qual horário do fato \*  
a)  Madrugada (00-06)  
b)  Manhã (06-12)  
c)  Tarde (12-18)  
d)  Noite (18-24)  
e)  Incerta \_\_\_\_\_  
f)  Não Informa

### **C) Dados sobre os policiais condutores e testemunhas**

- 1) Quem foi o Conductor?  
a)  Polícia militar  
b)  Polícia civil  
c)  Polícia federal  
d)  Polícia rodoviária federal  
e)  Guarda municipal  
f)  Agente penitenciário  
g)  Particular  
h)  Outro \_\_\_\_\_  
i)  Sem informação
- 4) Na lavratura do auto de prisão em flagrante há testemunhos do policial condutor e de policiais testemunhas?  
a)  Sim  
b)  Não
- 5) Na lavratura do auto de prisão em flagrante há testemunhas civis (ou seja, que não sejam policiais civis, militares, rodoviários etc.)?  
a)  Não  
b)  Sim; quantas ? \_\_\_\_\_
  - b.1) Alguma era consumidor da droga?  
 Sim  Não
  - b.2) Alguma presenciou a atividade de traficância?  
 Sim  Não
- 6) Quanto à iniciativa da abordagem policial ela foi motivada por:  
a)  Comunicação anterior à central sobre o fato crime
  - a.1)  De outros policiais
  - a.2)  Anônima

<sup>44</sup> O inteiro teor do questionário poderá ser disponibilizado quando a pesquisa for publicada.

- a.4) ( ) Não anônima
- a.5) ( ) Sem registro
- a.6) ( ) Outro \_\_\_\_\_
- b) ( ) Comunicação direta aos policiais que efetuaram o flagrante sobre fato crime;
- c) ( ) Comunicação a outros policiais que não efetuaram o flagrante, mas que passaram as informações sobre fato crime
- d) ( ) Visualização de comportamento suspeito do suposto usuário/traficante pelos policiais que efetuaram o flagrante
- e) ( ) Visualização de local e/ou do réu feita por sistema de fiscalização realizada por captação de imagens de área pública controlada pela polícia militar;
- f) ( ) Revista pessoal feita no curso de averiguação de outro crime
- g) ( ) Revista pessoal feita no curso de cumprimento de mandado de prisão
- h) ( ) Revista pessoal rotineira, sem identificação prévia de comportamento suspeito ou de busca determinada de pessoa ou coisa. (ex. revista na penitenciária de visitantes)
- i) ( ) Revista em automóvel rotineira, sem identificação prévia de comportamento suspeito ou de busca determinada de pessoa ou coisa.
- j) ( ) Outro \_\_\_\_\_

- 7) No caso de comunicação anterior, há registro de identificação da fonte documental?  
 ( ) Sim; inclua a identificação do registro:  
 ( ) Não  
 ( ) Não se aplica

- 9) No depoimento do policial condutor/testemunha:  
 ( ) Há referência ao levantamento de informações sobre o local ou o réu por parte de policial atuante na área da inteligência;  
 ( ) Há referência ao fato de que o local é considerado notoriamente um local onde ocorrem crimes relacionados ao tráfico de drogas ;  
 ( ) Há referência ao fato de que o réu é considerado notoriamente um traficante naquela região;  
 ( ) Há referência à prova fotográfica ou audiovisual feita por policiais sobre o comportamento do réu;  
 ( ) Há referência à comunicação feita por líder ou representante comunitário que habitualmente colabora com a polícia.  
 ( ) Não se aplica

#### **D) Dados sobre a abordagem Policial**

- 1) Quando o réu foi abordado pela polícia ele estava (em):  
 ( ) Via pública  
 ( ) Residência  
 ( ) Local de hospedagem  
 ( ) Estabelecimento comercial (ex. bar, restaurante, casa de show)  
 ( ) Estabelecimento prisional  
 ( ) Estabelecimento de ensino  
 ( ) Em seu local de trabalho  
 ( ) Outro \_\_\_\_\_  
 ( ) Não informa

- 2) No depoimento dos policiais, há referências específicas sobre o local (rua, bairro, localidade) onde o réu foi abordado?  
 ( ) Não  
 ( ) Sim

- b.1 ( ) Local ermo ou sem iluminação
- b.2 ( ) Conhecido ponto de venda de drogas
- b.3 ( ) Local de prostituição
- b.4 ( ) Local de bailes ou bares populares
- b.5 ( ) Local incompatível com as demais características físicas/sociais do réu
- b.6 ( ) Outro No depoimento há apenas referência ao nome da rua e bairro, feito de forma lacônica e sem nenhuma outra característica peculiar apresentada.

3) Quando o réu foi abordado pela polícia ele estava:

- ( ) Dirigindo veículo automotor carro
- ( ) Dirigindo veículo automotor moto
- ( ) De carona em veículo automotor carro
- ( ) De carona em veículo automotor moto
- ( ) Em transporte público (ônibus, metrô ou trem)
- ( ) De bicicleta
- ( ) A pé/ na rua
- ( ) Em outra situação. Qual? \_\_\_\_\_

4) A autoridade policial entrou na casa do réu? (a definição de casa deve estar conforme a definição do art. 150, parágrafo quarto, do Código Penal) 45

- ( ) Sim
- ( ) Não

5) No caso de entrada, havia mandado de busca e apreensão?

- ( ) Sim
- ( ) Não

6) Qual foi o enquadramento utilizado no auto de prisão em flagrante?

- ( ) Art. 33, caput, da Lei 11.343/06
- ( ) Art. 33, parágrafo primeiro, inciso I
- ( ) Art. 33, parágrafo primeiro, inciso II
- ( ) Art. 33, parágrafo primeiro, inciso III
- ( ) Art. 33, parágrafo segundo
- ( ) Art. 33, parágrafo terceiro
- ( ) Art. 34
- ( ) Art. 35 caput ou parágrafo único
- ( ) Art. 36
- ( ) Art. 37
- ( ) Art. 38
- ( ) Art. 39
- ( ) Outros \_\_\_\_\_

25) Caso tenha registro de que parte da droga ou a totalidade dela não se encontra escondida no corpo ou nas vestes do réu, responda:

- ( ) A totalidade ou parte da droga teria sido escondida pelo réu em um local próximo de onde ele se encontrava.
- ( ) O réu teria jogado fora a droga antes de ser abordado.
- ( ) Outro:

---

<sup>45</sup> § 4º - A expressão "casa" compreende:

- I - qualquer compartimento habitado;
- II - aposento ocupado de habitação coletiva;
- III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Considerando as duas questões precedentes, a descrição da forma como o réu possuía a droga ou dela se desfez consta no depoimento:

- a)  Dos policiais
  - a.1)  por constatação direta
  - a.2)  por referência ao que foi dito pelo réu aos policiais antes da condução à delegacia
- b)  Do réu, apenas na delegacia nas declarações do auto de prisão em flagrante.
- c)  Do réu aos policiais antes da condução e confirmado na delegacia nas declarações do auto de prisão em flagrante
- d)  De outro acusado
- e)  De outras testemunhas
  - e.1)  De um ou mais usuários
- f)  Registro de imagem
  - f.1)  feita pelos policiais
  - f.2)  feita por particulares
- g)  Outro \_\_\_\_\_
- h)  Não se aplica

#### **F. Análise da Sentença sobre a definição do Crime de Tráfico e a valoração judicial do inquérito e da abordagem policial**

1) Resultado da sentença:

- Absolvição
- Desclassificação
- Condenação
- Extinção da Punibilidade por morte do agente (art. 107, I);
- Extinção da punibilidade pela prescrição (Art. 107, IV)

2) No caso da Absolvição, qual o fundamento legal?

- Art. 386 I - estar provada a inexistência do fato;
- Art. 386 II - Não haver prova da existência do fato;
- Art. 386 III - Não constituir o fato infração penal;
- Art. 386 IV – Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- Art. 386 V – Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- Art. 386VI – Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.
- Art. 386 VII – Não existir prova suficiente para a condenação.
- O Juiz/Juíza não indicou o fundamento da absolvição, nem é possível identificá-lo na fundamentação da sentença;
- Não se aplica

3) No caso da desclassificação, houve:

- Desclassificação para uso com condenação por uso (Art. 28, da Lei 11.343/2006)
- Desclassificação para uso com absolvição
- Desclassificação para uso e encaminhamento para outro juízo
- Outro -
- Não se Aplica

4) No caso da condenação, qual(is) o(s) crime(s) da Lei 11.343/06 pelo(s) qual(is) o réu foi condenado?

- Art. 28
- Art. 33, caput,

- Art. 33, parágrafo primeiro, inciso I
- Art. 33, parágrafo primeiro, inciso II
- Art. 33, parágrafo primeiro, inciso III
- Art. 33, parágrafo segundo
- Art. 33, parágrafo terceiro
- Art. 34
- Art. 35 caput ou parágrafo único
- Art. 36
- Art. 37
- Art. 38
- Art. 39
- Outros Não se aplica.

5) Há informações na sentença sobre o que provocou a ação policial para efetuar o flagrante? (Ex. local, atitude suspeita, etc)

- Sim
- Não

6) O juiz debate o conceito de fundada suspeita e a legitimidade da ação policial?

- Sim
- Não

7) Caso haja debate judicial sobre a legitimidade da abordagem, descreva brevemente o que foi dito:

8) Na tipificação da conduta como tráfico ou uso de entorpecentes o juiz/juíza considera (Ou seja, por que o /a juiz/juíza considera que houve tráfico ou uso naquele caso?):

- a)  A palavra do acusado de que era usuário para afastar a caracterização do tráfico;
- b)  O laudo toxicológico de que o réu fez uso de substância proibida para afastar a caracterização do tráfico;
- c)  Afasta a consideração da palavra do réu de que era usuário ou do laudo toxicológico sob o argumento de que o uso não é incompatível com o tráfico;
- d)  A existência de tráfico de drogas diante do resultado negativo do laudo toxicológico ou da sua inexistência.
- e)  A quantidade de droga para caracterizar o tráfico
- f)  A forma como a droga estava acondicionada apesar da sua pequena quantidade
- g)  A posse de armas e/ou dinheiro para caracterizar o tráfico
- h)  O testemunho do usuário/comprador identificado
- i)  A informação de que o réu era conhecido notoriamente como traficante
- j)  A informação de que o local era conhecido notoriamente como ponto de tráfico de drogas
- Outros elementos do caso