

A BUSCA DOMICILIAR DE DROGAS E A APREENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Maurício Cirino dos Santos**

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal¹ reconhece a possibilidade de busca e apreensão policial de drogas em residência, sem mandado judicial prévio, sob o argumento genérico da ocorrência do estado de flagrância no tráfico de drogas, considerado como crime de natureza permanente. A decisão judicial em referência é ora utilizada como parâmetro para análise não propriamente por ser emblemática, mas por ser a mais recente no STF, e por apresentar em seus fundamentos, qualificativos similares à de decisão igualmente recente, oriunda do Superior Tribunal de Justiça:² a falta de enfrentamento fático-normativo integral sobre a complexidade do tema.

Escapando do método comumente utilizado em comentários a decisões judiciais sobre temas de relevância, de enaltecer/reforçar aspectos de seus fundamentos de base, o objetivo da presente abordagem é propositadamente diverso: externar uma concepção crítica em relação ao conteúdo limitado de análise jurídica e, conseqüentemente, ao caráter pouco esclarecedor de decisões judiciais como estas, ao fim de reposicioná-las adequadamente no panorama normativo-constitucional brasileiro, resgatando oportunamente a indeclinável potencialidade de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, reconhecidos constitucionalmente, e evitando-

** Mestre em Criminologia Crítica e Segurança Social pelas Universidades de Bologna e Pádova, Itália; Professor do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC; Promotor de Justiça, membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

¹ **“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA (CPP, art. 312). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO OCORRÊNCIA (...) ILICITUDE DAS PROVAS RECOLHIDAS NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE, DADA A INEXISTÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PARA TANTO. DESNECESSIDADE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA EM CRIME PERMANENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.”** (STF – 2ª Turma – [HC 127457/BA](#), Rel. Ministro Dias Toffoli, julgamento em 09.06.2015, publicado em 01.07.2015).

² **“TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E NULIDADE DAS PROVAS APREENDIDAS. IMPROCEDÊNCIA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PRESCINDÍVEL. (...)”** (STJ – 6ª Turma – [HC 317810/SP](#), Rel. Convocado Ministro Edson Maranhão, julgamento em 19.05.2015, publicado em 01.06.2015).

se, assim, possibilidade de interpretações defeituosas, distorcidas ou restritivas a respeito, por parte de integrantes do sistema de justiça criminal.

Nesta ordem de exposição, ressalta-se, como fator inicial preponderante sobre qualquer outro, que a inviolabilidade de domicílio é direito fundamental assegurado pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, somente podendo ser preterido frente a situações excepcionalíssimas e pontuais, conforme se extrai da própria literalidade embutida na norma:

“Art. 5º: ...

(...)

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;”

Utilizando a exceção como regra, o discurso de formulação e execução de políticas de repressão estatal às drogas ilícitas frequentemente legitima/incentiva o ingresso de autoridades policiais a residências de particulares, sem mandado judicial prévio, mediante a justificativa genérica de situação fática de flagrante de tráfico de drogas, que, por se tratar de crime permanente, cujo estado de flagrância se protraí no tempo, tornaria prescindível a ordem judicial de busca e apreensão domiciliar.

Entretanto, é preciso delimitar com precisão e profundidade a interpretação da norma embutida no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal – operação esta não praticada em sua integralidade nos fundamentos das decisões judiciais ora sob análise –, estabelecendo claramente os limites e possibilidades para atuação policial nestas hipóteses, sob pena de perigosa relativização do direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, no contexto de práticas arbitrárias, abusivas e violentas, por parte de agentes estatais.

Nesta ordem de ideias, importante salientar que o fato de determinado crime ser qualificado como de natureza permanente – a exemplo do tráfico de drogas, como espécie de delito de posse ou de guarda –, por si só, não é suficientemente

convincente a autorizar juridicamente o ingresso de autoridades policiais na residência de indivíduos *suspeitos*, sem necessidade de postulação prévia de concessão de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar. Analise-se:

Em primeiro lugar, há que se ponderar que meras suspeitas, suposições ou ilações quanto à prática de um crime permanente no interior de uma residência, como o tráfico de drogas, não devem e não podem substituir os necessários *indícios suficientes* à configuração do estado de flagrância de referido crime, na modalidade prevista no art. 302, inciso I, do Código de Processo Penal.³

Neste sentido, as expressões justificantes, comumente utilizadas, de “*recepção de notícias anônimas*”, de “*comentários gerais de populares*”, de “*atitudes suspeitas de indivíduos*”, em “*local ermo*”, “*de grande movimentação de pessoas*”, ou em “*região conhecida como de tráfico de drogas*”, ou ainda, o argumento corriqueiro e malicioso de que “*o indivíduo correu subitamente ao interior da casa*”, desacompanhados de quaisquer outros elementos de prova relevantes de efetivos indícios de comercialização de drogas a consumo de terceiros, ou de atividades investigatórias prévias ou sequenciais, claramente reveladoras daqueles *indícios suficientes*, (a) autorizam a conclusão de que a prática do crime permanente de tráfico de drogas normalmente vem suportada por simples dedução, representativa de suposições ou presunções não legitimadas ao nível probatório, como exclusivo fruto da imaginação criativa/inventiva das autoridades policiais, (b) indicam a consagração de um condenável *direito penal do autor*, com odiosa inversão do princípio *in dubio pro reo*, que expressa a essência do princípio geral da presunção de inocência, reconhecido constitucionalmente.⁴

Ora, se para hipóteses previstas de prévia expedição de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, a norma processual penal exige

³ “**Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:**
I - está cometendo a infração penal;
(...)”

⁴ “**Art. 5º (...):**
(...)
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

expressamente *fundadas razões autorizatórias*,⁵ com maior dimensão e significatividade estes requisitos devem estar inequivocamente demonstrados em situações excepcionalíssimas de busca e apreensão policial em residências, sem acompanhamento daquela ordem judicial específica.

Em segundo lugar, ainda que superado o argumento anterior – o que ora se introduz por hipótese –, de se reflexionar que, uma vez se vislumbrando aparentes indícios suficientes da prática de um crime permanente no interior de uma determinada residência, as circunstâncias fáticas concretas devem indicar uma situação de extrema urgência e gravidade – e aí o sentido de essência do caráter de excepcionalidade –, de forma tal a evidenciar concretamente o “*perigo na demora*”, e assim autorizar o imediato ingresso a seu interior, por parte de autoridades policiais, sem necessidade de prévio mandado judicial autorizatório, em antecipação especial à regra da inviolabilidade de domicílio, como direito fundamental assegurado pela Constituição Federal.

Entretanto, tais requisitos fáticos reiteradamente não se revelam presentes: extrapola os limites do razoável admitir que, nas hipóteses concretas, ainda que constatados aparentes indícios suficientes da prática do crime de tráfico de drogas, não se possa estender ou prolongar as diligências de vigilância, observação e investigação policial à espera da regular obtenção de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar – possível inclusive pela via imediata do plantão judiciário –, inclusive para eventual reflexão policial quanto ao momento mais adequado/eficaz ao cumprimento da ordem respectiva. Aliás, se se argumenta que o crime de tráfico de drogas é crime permanente, cujo estado de flagrância de protraí no tempo, parece difícil sustentar caracterização de situação de *extrema urgência* em prática que envolve suposta guarda/posse de quantidade considerável de drogas e que, sob a vigília e controle continuados de autoridades policiais, se prolonga permanentemente ao interior de uma residência por horas ou dias, às vezes por semanas ou meses.

⁵ “**Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.**

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: (...)”

Evidentemente, esta operação de análise sobre restrição de direitos fundamentais não pode ser subtraída/desviada *do* ou prescindida *pelo* controle constitucional do poder judiciário, mediante argumentos vazios e indemonstráveis de caracterização de estado de flagrância e de extrema urgência, não indicados e especificados empiricamente, sob pena de relativização extrema e, portanto, de esvaziamento/anulação inaceitável do direito fundamental de inviolabilidade de domicílio, mediante adoção de juízos individuais extremamente subjetivos, de níveis elevadíssimos de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Registre-se, ainda, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ora sob análise crítica, invariavelmente trata de situações concretas nas quais se teve conhecimento de que, coincidentemente, houve sequencial apreensão policial de drogas no interior da residência de *suspeitos*. Em contrapartida, não se pode ignorar a pluralidade de hipóteses nas quais tal apreensão não se verifica na prática, a despeito de ingressos arbitrários, diários e reiterados, de policiais em residências, sem prévio mandado judicial autorizatório, sob argumentos de *possível* ou *presumível* estado de flagrância e de indemonstrável *urgência*, e que – não sejamos ingênuos – sequer chegam ao conhecimento das autoridades judiciárias.

Neste contexto, reflexiona-se que, ao tempo em que não se pode condicionar a legalidade/legitimidade ou não de tais atos de ingresso de policiais, a fator *a posteriori* de sorte ou azar na apreensão ou não de produtos/objetos utilizados na prática de crimes no interior de residências – estas, aliás, invariavelmente situadas em favelas ou bairros pobres, degradados e periféricos, e, sintomaticamente, não em áreas de condomínios de luxo ou de fortalezas residenciais –, não se pode admitir e chancelar, também *a posteriori*, tal amplitude de violação reiterada de direitos fundamentais, de forma absolutamente alheia ao prévio controle legal e constitucional do Poder Judiciário e do Ministério Público. Não é possível que não se tenha um mínimo de sensibilidade social para reconhecer a extensão da dimensão de insegurança jurídica nestas hipóteses, a ameaçar diariamente milhares de cidadãos, na intimidade familiar de seus lares.

E nem se diga ou se admita que o registro de informações quanto ao prévio consentimento de *suspeitos* para ingresso de policiais em residências supriria a presente análise reflexiva, uma vez que a experiência demonstra que tal consentimento – que, aliás, deve ser consignado de forma expressa e inequívoca –, é de muito rara incidência empírica, e, quando inusitadamente ocorrente, invariavelmente é viciado por natural receio ou temor reverencial, por parte de socialmente marginalizados, estigmatizados e excluídos, e, com tais qualificativos, absolutamente impotentes, frente ao poder concreto de ação das autoridades policiais, a iminentemente ignorar o direito à liberdade, à integridade física e psíquica e à vida, nas hipóteses fáticas enfrentadas.

O direito à segurança, o interesse público na apuração de crimes e na repressão à criminalidade e a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão de provas ilícitas, como fundamentos alternativos por vezes utilizados para justificar a aceitabilidade jurídica de situações análogas às ora em reflexão, não podem ser admitidos como retórica vazia à perigosa relativização de direitos e garantias fundamentais, reconhecidos constitucionalmente.

Exatamente nesta linha de reflexão, a doutrina especializada de LOPES JR., ao comentar criticamente a admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade):

“O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da prevalência do interesse público ... É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. (...) E, mais, aqueles que situam a discussão no campo público versus privado, além de ignorarem a inaplicabilidade de tais categorias quando estamos diante de direitos fundamentais, possuem uma visão autoritária do direito e equivocada do que seja sociedade (e das

respectivas categorias de interesse público, coletivo etc.). (...) Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário...”⁶

Sobre o enfoque, mas por outro ângulo, BARATTA, citado por PAVARINI,⁷ já esclarecia que a reflexão de relevância sobre a questão da segurança está na compreensão da dimensão do significado da diferença **entre o** seu equivocado tratamento como bem privado, representado pela vazia afirmação prescritiva do direito à segurança, que reduz direitos individuais para reduzir riscos de criminalidade, **e o** seu correto tratamento como bem público, representado exclusivamente pela sólida afirmação prescritiva da segurança dos direitos de todos os cidadãos, “*que corresponde à necessidade de ser e de sentir-se seguro e garantido no exercício de todos os próprios direitos*”⁸, dentre os quais o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à inviolabilidade do domicílio, à educação, à saúde, enfim, à cidadania e à dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, como fundamentos basilares da Constituição Federal: um indeclinável exercício de reflexão à realidade contemporânea brasileira.

Utilizando-se deste fundamental norte teleológico, parece não haver maiores dificuldades na interpretação de normas jurídicas para, nas hipóteses sob análise, reconhecer como inconstitucionais as buscas e apreensões policiais de drogas, desprovidas de mandado judicial prévio, ao interior da residência de *suspeitos*, ou de *presumíveis indiciados*, em situações de irrazoável e indemonstrável alegação de

⁶ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*. Editora Saraiva, São Paulo, 12ª edição, 2015, p. 404/408.

⁷ PAVARINI, Massimo, *Governare la Penaltà. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bononia University Press, Bologna, 2014, p. 11/12, e *Punir os Inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. ICPC Editora, Curitiba, 2012, p. 43/44 e 56, por citação a BARATTA, A., *Política Criminal: entre la política de seguridad y la política social*, in E. CARANZA (coord.), *Delyto y seguridad de los habitantes*, San José da Costa Rica, Siglo XXI, 1997, pp.85-95.

⁸ Conforme interpretado por PAVARINI, Massimo, *Punir os Inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, ICPC Editora, Curitiba, 2012, p. 263.

urgência, por flagrante violação ao direito fundamental da inviolabilidade de domicílio, o que deve qualificar como ilícitas as provas eventualmente produzidas, inservíveis juridicamente, pois, à imputação de prática de crimes permanentes –, a exemplo do tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 –, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que assim delimita:

“Art. 5º: ...

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Consequentemente, todo o conjunto probatório produzido em cronologia investigativa é contaminado pelas iniciais provas ilícitas – as denominadas provas ilícitas por derivação –, nos termos da *“teoria dos frutos da árvore envenenada”*, extraível do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal,⁹ sendo irrelevante juridicamente, portanto, eventual confissão de indiciados ou apreensão de produtos, objetos ou instrumentos outros, como desencadeamento lógico da produção probatória originária e inafastavelmente ilícita.

Neste sentido, antes de se adotar, de forma não devidamente refletida, a jurisprudência dos Tribunais Superiores a casos concretos de busca e apreensão policial em residências, sem mandado judicial prévio, é preciso situá-la previa e adequadamente no contexto teleológico da intangibilidade de direitos e garantias fundamentais do cidadão, previstos constitucionalmente, como a inviolabilidade de domicílio.

Se tal operação reflexiva complexa – isto no sentido de *universal* e não de *difícil laboração* –, é possível contemporaneamente a Tribunais Estaduais em casos

⁹ **“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.**

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

análogos,¹⁰ não se concebe como também não possa ocorrer nos mais altos e representativos Tribunais do país, como, aliás, já se observou em debates similares a respeito do tema, em períodos não muito pretéritos, no próprio Supremo Tribunal Federal.¹¹

Conclusão em contrário, efetivamente, representa o reconhecimento implícito de intolerável legitimação interna à adoção de discursos extremamente repressores de *lei e de ordem*, normalmente presentes em retóricas estatais justificadoras de práticas penais bélicas e de políticas penais atuariais, de efeitos hegemônicos globais, a exemplo daquelas representadas pelo trinômio *tolerância zero, war on crimes e war on drugs*, que, sob impulso do governo Ronald Reagan e mediante absoluta ignorância a direitos e garantias fundamentais, a partir da década de 80 do século passado assolaram a população de latinos, afroamericanos e outros infelizes miserabilizados, determinando seletivamente a explosão continuada dos níveis de encarceramento da pobreza nos Estados Unidos,¹² atual ocupante do amargo posto de campeão mundial de aprisionamento.¹³

¹⁰ TJRS – Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70055534044, 2º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Jayme Weingartner Neto, publicado em 25.11.2013; TJSP – Recurso em Sentido Estrito nº 990.09.332.009-6, 16ª Câmara Criminal, Rel. Newton Neves, publicado em 04.05.2010.

¹¹ STF – 2ª Turma – HC 90.376/RJ, de relatoria do Min. Celso de Mello, publicado em 18.05.2007; STF – Pleno – HC 79.512/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 16.05.2003.

¹² Como indicam as críticas às políticas penais contemporâneas dos Estados Unidos, na forma exposta por RE, Lucia, *Carcere e Globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*. Roma-Bari. Editori Laterza, 2011, p. 53, e WACQUANT, Loïc, *Punire i Poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*. Traduzione italiana di Michéle Menard, Derive Approdi, Roma, 2006, p. 60/61.

¹³ De acordo com dados estatísticos oficiais divulgados pelo *International Centre for Prison Studies* (ICPS), do King's College London/University of Essex, da Inglaterra, no site <http://www.prisonstudies.org>, e pelo *Bureau of Justice Statistics* (BJS), agência do governo federal pertencente ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no site <http://www.bjs.gov>.