



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

**ESTADO, PODER E VERDADE: A “ENTRADA FRANQUEADA” COMO MEIO DE
OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA NA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS
DROGAS**

Orientanda: Amanda de Luna Cavalcanti

Orientador: Prof^a Manuela Abath Valença

Recife

2017

Amanda de Luna Cavalcanti

**ESTADO, PODER E VERDADE: A “ENTRADA FRANQUEADA” COMO
MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA NA POLÍTICA CRIMINAL
DE GUERRA ÀS DROGAS**

Trabalho De Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharelado em
Direito pelo CCJ/UFPE.

Áreas de Conhecimento: Direito
Processual Penal, Direito Penal e
Direito Constitucional.

Recife

2017

O Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco não emite juízo de valor acerca das opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora desta monografia jurídica.

Autora: Amanda de Luna Cavalcanti

Título: Estado, Poder e Verdade: A “Entrada Franqueada” como meio de obtenção prova ilícita na política criminal de guerra às drogas.

Trabalho Acadêmico: Monografia Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

UFPE - Universidade Federal de Pernambuco

Área de Concentração: Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional

Data de Aprovação:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a.

Prof.

Prof.

RESUMO

Trata-se de análise acerca de prática conhecida como “entrada franqueada”, e as ilegalidades que a revestem em face do princípio da inviolabilidade de domicílio e normas referentes ao estudo da ilicitude da prova. Com efeito, a produção acadêmica fundamenta-se nos ditames principiológicos do Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal, refutando teses como a advinda de RE nº 603616, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e posicionando-se juntamente com parte da doutrina em defesa da não tolerância de entradas em domicílios alheios, por agentes policiais, sem mandado judicial.

Palavras Chave: Tráfico de drogas; Entrada Franqueada; Prova Ilícita; Inviolabilidade de Domicílio.

SUMÁRIO

ESTADO, PODER E VERDADE: A “ENTRADA FRANQUEADA” COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA NA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS

INTRODUÇÃO.....	7
1. UM DIÁLOGO COM AS ORIGENS E O HISTÓRICO DO PROIBICIONISMO NO BRASIL	10
1.1 Do modelo político-penal estadunidense de guerra às drogas ao mundo.....	10
1.2 Um breve histórico do proibicionismo brasileiro e as influências do modelo estadunidense	14
1.3 A justiça penal seletiva no contexto da política proibicionista brasileira.....	16
2. TRÁFICO DE DROGAS, “ENTRADA FRANQUEADA” E LIMITES DO SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO	22
2.1 Um breve histórico do sistema probatório	22
2.1.1: Delineando a prova processual penal nos sistemas inquisitório e acusatório.	25
2.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas	29
2.2.1 Os meios de aproveitamento de provas ilícitas	31
2.2.2 Buscas sem autorização nos crimes de tráfico de drogas	33
2.3 A “Entrada Franqueada” como produto do mito da verdade real	35
3. O OLHAR JURISPRUDENCIAL SOBRE O INSTITUTO DA “ENTRADA FRANQUEADA”	37
3.1 O consentimento viciado do morador	37
3.2 “Entrada franqueada” a partir de denúncias anônimas.....	39
3.3 Flagrantes de crimes permanentes e inviolabilidade de domicílio.....	41
3.4 As implicações do Recurso Extraordinário nº603616 e o mais atual entendimento acerca da “Entrada Franqueada”	43
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

“De geração em geração
Todos no bairro já conhecem essa lição.”

(Tribunal de Rua, O Rappa)

O presente trabalho trata da análise dos institutos do sistema processual penal brasileiro no que diz respeito à teoria das provas, tendo seu foco recaído sobre a chamada “entrada franqueada” como prática comum de apreensão de entorpecentes. O referido ato se refere à entrada em domicílio alheio sem mandado judicial, muitas vezes sob o argumento de que o fato na ocasião se tratava de flagrante delito de crime permanente, ou que o mero consentimento do morador dispensaria autorização judicial.

Por meio do recolhimento de dados e de fontes bibliográficas referentes ao tema descrito, principalmente livros e artigos, será realizada uma análise comparativa dos argumentos empregados em tais, levando-se em conta os ditames principiológicos do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Consequentemente, tem-se como objetivo geral de examinar criticamente a chamada “entrada franqueada” no que diz respeito à apreensão de entorpecentes como meio de prova no sistema processual penal brasileiro em face do princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio.

O tema abarca questões como a necessidade de se trazer à tona a inviolabilidade de domicílio como garantia constitucional em face dos abusos cometidos pela Polícia ao entrar em residências, sem cumprimento do procedimento correto, de modo a ignorar a instrumentalidade das formas como garantia processual. Nesse prisma, ao lidar com a questão das drogas diante da política criminal vigente, o estudo proposto proporcionará ao debate a análise crítica dos conceitos e discursos de verdade emanados das relações de poder que foram compostas historicamente.

Neste diapasão, o que se observa é uma política criminal posta como legítima, mas que de maneira diversa não opera de forma positiva ao que o sistema processual penal acusatório propõe. O que se verifica é um significativo aumento da população carcerária, em que pese a existência de crescente sentimento de impunidade. Tais contradições precisam ser compreendidas, através de estudos dogmáticos no que diz respeito às formas, somado a um olhar sociológico sobre os problemas dispostos.

Para tanto, verificou-se que uma das maneiras de abordagem sobre as supracitadas contradições resta refletida numa das práticas mais incongruentes do âmbito criminal. Está-se a falar mais uma vez da “entrada franqueada” como mecanismo da lógica utilitarista que não contribui em nada para a eficiência do sistema prisional brasileiro. Busca-se com o presente trabalho compreender e criticar a sistemática proposta pela política criminal de combate às drogas, através do instituto da “entrada franqueada” como possibilidade (i)lícita e seus efeitos não só em relação ao sistema prisional brasileiro, mas também no que se refere aos impactos gerados nas comunidades periféricas passíveis da entrada da Polícia em seus domicílios sem um mandado autorizado judicialmente.

No primeiro capítulo, um breve histórico acerca do desenvolvimento da lógica proibicionista é trabalhado em três partes. Primeiramente, compreendendo que a origem da referida política contemporânea de controle e criminalização de drogas foi concebida nos Estados Unidos, analisa-se as primeiras políticas públicas de repressão aos entorpecentes do seu nascedouro até o momento em que são exportadas para o resto do mundo, por meio de Tratados e Convenções internacionais.

Em segunda parte do capítulo que abre o trabalho, examina-se os primeiros passos do proibicionismo no Brasil até a Lei de Drogas vigente. Em terceira etapa, cumpre o exame da consequente justiça penal seletiva derivada das desigualdades econômicas e sociais intensificadas pela perseguição desenfreada às drogas.

No segundo capítulo, passando a um exame mais dogmático dos institutos da sistemática probatória brasileira, faz-se um breve histórico dos modelos de sistema de prova, além de se realizar interligação dos momentos acusatórios e inquisitórios com o cenário político vigente em cada época. Ademais, o referido capítulo faz, ainda trata da inadmissibilidade de prova ilícita como princípio, verificando em que medida a “entrada franqueada” resta compreendida no espectro da ilicitude como uma busca pela verdade real intrínseca às práticas herdadas da própria Inquisição.

Por fim, o último capítulo do presente trabalho tentará desconstruir a instrumentalização de conceitos utilizados na jurisprudência pátria como argumentos justificantes da “entrada franqueada”, tais como o consentimento do morador e o tráfico de drogas tratar de crime permanente. Outrossim, merecerá significativa atenção a análise dos fundamentos utilizados em julgamento do Recurso Extraordinário nº

603616, concluído em novembro de 2015, em que o Supremo Tribunal Federal, com reconhecimento de repercussão geral, decidiu que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando fundamentada e justificada posteriormente.

1. UM DIÁLOGO COM AS ORIGENS E O HISTÓRICO DO PROIBICIONISMO NO BRASIL

1.1 Do modelo político-penal estadunidense de guerra às drogas ao mundo

“Qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento” é o que se chama de droga conforme a definição do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas (Cebrid).¹ Da mesma forma, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), droga é “toda substância que introduzida no organismo pode modificar uma ou mais funções deste”.²

Não é necessário muito esforço para se verificar que tal conceito é vago, deixando margem para que qualquer substância pudesse se enquadrar nas referidas definições. Diante de tal vagueza, a concepção do que seria droga ou não é ditada por discursos de verdades que transitaram - e ainda transitam - desde o aspecto religioso, passando pelo aspecto médico, até se chegar ao discurso jurídico com a criminalização de algumas, emergindo assim, as categorias das drogas consideradas lícitas, e das drogas tidas como ilícitas.

Nesse passo, substâncias como álcool foram bastante perseguidas por movimentos puritanos por volta da segunda metade do século XIX, sobretudo nos Estados Unidos, considerado o eixo originário das políticas proibicionistas contemporâneas. Mais tarde, aos poucos, a “estatização do controle de entorpecentes” passou a ter como alvos o ópio, a heroína, a cocaína, até se chegar à proibição do cultivo e da comercialização da maconha em 1937.

Com efeito, diante da diversidade de substâncias, questiona-se que critérios os referidos discursos se utilizaram para assumir que o uso e comércio de determinado entorpecente deveria ser proibido, enquanto que outro, com semelhantes efeitos, permanecia isento do referido controle. A exemplo da atual Lei de Drogas vigente no Brasil, a Lei de nº 11.343/2006, que prevê em seu artigo 1º, parágrafo único, que drogas são “*as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder*

¹ DELMANTO, Julio. *Camaradas Caretas. Drogas e esquerda no Brasil*. 1º Ed. São Paulo: Alameda, 2015. Pg. 27.

² DIETER, Vitor Stegemann. *A política penal de drogas proibidas nos EUA e Brasil uma breve introdução histórica*. Direito e Práxis, vol. 02, n. 01, 2011. Pg. 98.

Executivo da União”, pode-se verificar a ausência de um conceito mais técnico, não evidenciando nenhum fundamento além da mera adução de que se trata de uma ilegalidade, o que dá espaço para a legislação de concepções pré-científicas, sujeitas a interesses privados que tendem a se relacionar com atos racistas e de extrema opressão de classe, como se verá adiante.

Embora a perseguição às substâncias psicoativas possui como ponto de partida marcante o desenvolvimento do poder do cristianismo, enfatizando-se, sobretudo, a primeira fase da Idade Média, é no início do século XX que se verifica as raízes do atual cenário proibicionista.³ Foi em tal período que se destacaram as políticas estadunidenses de controle do comércio e do uso de drogas, as quais foram adotadas globalmente por meio de convenções e tratados internacionais.

Para além do discurso moral, as proibições da primeira metade do século XX retrataram o interesse no máximo aproveitamento da força de trabalho, tendo como principais alvos a se coagir o sexo e as drogas, que seriam não apenas distrações, mas o oposto obscuro de uma lógica maniqueísta, em que o trabalho ocuparia o lugar divino, como uma herança do protestantismo de Calvino. Em 1911, como produto de pressão estadunidense, foi realizada a Convenção de Haia, primeira reunião a tratar das drogas, objetivando a criação e aprovação de um tratado sobre o controle do comércio e do uso não medicinal das referidas substâncias.

O resultado de tal Conferência limitou-se, no entanto, à proibição de venda em determinados lugares de drogas como a heroína, a cocaína e a morfina, fazendo, ainda, incidir em certas localidades tributações, deixando de lado, portanto, a previsão de sanções penais a criminalizar tais drogas. Todavia, em que pese não tenha influenciado em demasia o cenário global, a Convenção de Haia serviu de combustível para os movimentos proibicionistas que já repercutiam internamente nos Estados Unidos desde o final do século XIX, quando o elemento moral e religioso demonstrou grande poderio político em diversas regiões do país, por meio de organizações que eram voltadas, sobretudo, a proibição da venda e do consumo do álcool.⁴

Nesse passo, em 1914, a partir do conhecido *Harrison Narcotic Act*, tem-se inaugurado nos Estados Unidos espécie de pretensão terapêutica estatal, em que em

³ DELMANTO, Julio, op.cit., pg. 29.

⁴ RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas na América*. São Paulo: Educ, Fapesp, 2004. Pg 43.

outras palavras, passou-se formalmente a conceber todo *viciado* como um *delinquente*. Com a aprovação da retrocitada lei, pode-se falar de uma espécie de resgate da ideia do ascetismo grego, a qual basicamente referia-se ao combate do indivíduo contra si mesmo. Tal filosofia na conjuntura proibicionista significava basicamente que as medidas de que tratava o *Harrison Narcotic Act* dirigiam-se não àqueles que proporcionavam a aquisição dos entorpecentes, mas sim aos próprios usuários, que estariam sujeitos ao uso abusivo, ao vício.

Com efeito, as consequências de todas essas medidas foi a marginalização dos que não faziam parte das classes estadunidenses mais privilegiadas econômico e socialmente, de forma que, especialmente, os negros, mexicanos, chineses e porto-riquenhos passaram a ser constantemente associados com as drogas. A marginalização deveu-se ao fato de que com a crescente perseguição ao consumo neste período, os consumidores passaram a migrar para a periferia, longe dos centros urbanos elitistas e, conseqüentemente, passaram a ser ainda mais invisíveis, já que os problemas e as questões de desigualdade passaram a ser latentes nas áreas marginais onde o interesse social estatal demonstrava-se reduzido:

*Nos anos 1950 – devido à invisibilidade que a questão do consumo ganhava entre as classes médias – não houve um enfoque minimamente expressivo na questão econômico-política das drogas. Permanecia como um problema restrito aos guetos urbanos. Nos EUA, o ópio difundiu-se entre chineses, negros e porto-riquenhos, enquanto que a maconha era mais difundida entre os marginais mexicanos e também negros. Era por esse motivo que à época se associava como uma droga “assassina”, isto porque, associava-se a imagem da maconha aos seus usuários (popularmente rotulados como criminosos, violentos, agressivos etc.) Frise-se a forte permanência do estigma moral sobre as drogas, o que também às associava com orgias.*⁵

Se o controle das drogas em um primeiro momento deu aos usuários o tratamento de *delinquentes*, a década de 1960, distintamente, trouxe um novo parâmetro de visualização do consumo de drogas: o discurso médico. Da delinquência, passaram os consumidores a serem tratados como doentes. Tal nova posição deveu-se em grande parte ao fato das drogas passarem a ser objeto de consumo dos jovens da classe média, o que causou um deslocamento interpretativo de que os verdadeiros inimigos corruptores seriam os distribuidores das substâncias psicoativas, enquanto os alvos da obtenção

⁵ DIETER, Vitor Stegemann, op. Cit. Pg. 103.

estariam em uma posição de vulnerabilidade equiparada à doença e, portanto, passaram de delinquentes a vítimas.

Não há como negar que aspectos sociológicos e econômicos no que diz respeito à raça e classe foram considerados para se haver uma mudança paulatina de discursos, divididos em dois: o médico e o jurídico. A ideia de que os jovens advindos da burguesia não deveriam ser associados à delinquência como os imigrantes e cidadãos negros, latinos e chineses foram, denota distinção de concepções por meio de critérios xenofóbicos e racistas.

Outrossim, relevante fator que levou à mudança de posição do Estado estadunidense foi o crescente lucro que a indústria de tratamento de drogas passou a ter, lucro que crescia paralelamente aos ganhos que os grandes distribuidores dos entorpecentes alcançavam. Mais uma vez a questão econômica aparece como uma das causas determinantes da maneira como o controle estatal deveria operar: quanto mais doentes, mais as clínicas de tratamento ganhavam; de outra forma, persistia a ideia de punição dos acometidos da saúde pública.

Os consumidores voltam à posição de inimigos apenas na década de 1980, quando são vislumbrados como clientes, trazendo à atenção da questão das drogas para o campo dos negócios e de uma comercialização internacional, o que vai levar à conhecida *política de guerra às drogas* do Presidente Reagan, e intensificação do estereótipo latino envolvido com crimes e imoralidades. De lá para cá, tem-se observado a permanência deste modelo de discurso, especialmente com o movimento “Tolerância Zero” surgido pela ala conservadora estadunidense, e que guarda similaridades com a política criminal atuarial que vige no Estado brasileiro, especialmente no que diz respeito à apreensão de drogas, embora não seja o tipo de programa admissível no país, tendo em vista que este acarreta uma maior produção de encarceramento, além de alargamento das desigualdades que afetam os grupos perseguidos⁶.

⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, Outubro/2009. Pg. 173.

1.2 Um breve histórico do proibicionismo brasileiro e as influências do modelo estadunidense

É certo que o Brasil, como outros países do globo, foi também bastante influenciando pelas políticas proibicionistas a partir das convenções nacionais incitadas pelos Estados Unidos no século XX, principalmente no que se refere ao enfoque na figura do usuário. Antes disso, cronologicamente, o país desde as Ordenações Filipinas em 1603 já proibia a venda de substâncias consideradas venenosas como o *rosalgar* e o *ópio*. Mesmo por meio do Código Penal de 1830 e de 1890 não havia ainda um controle sistematizado das drogas, o que só ocorre em meados de 1940. Até este período o que houve foi a consolidação de sanções de caráter pecuniário para quem vendesse ou ministrasse substâncias sem autorização para tal.

No entanto, embora o Estado não demonstrasse preocupação com o controle de uso e comércio de substâncias psicoativas, conforme ressalta Maurício Fiore, o Brasil, por meio da proibição da maconha no Rio de Janeiro em 1830, tem consolidada sua primeira forma de controle de alguma droga no país.⁷ Infere-se através de tal ato muito mais que uma preocupação estrita à substância e seus componentes em si. Verifica-se uma inquietação no que diz respeito ao crescente controle social na capital do Império brasileiro, sobretudo quando tal controle estava intimamente associado ao crescimento populacional do povo negro e sua cultura no país.

A partir do século XX, como dito anteriormente, o Brasil passa a ser signatário de uma série de convenções realizadas após a Segunda Guerra Mundial, e em 1921, por meio de lei, o papel do vendedor como alvo da criminalização começa a tomar espaço, isentando, todavia, o usuário a tal tratamento.⁸ É apenas em 1932 que o último torna-se também alvo de sanção, sendo preconizado o cumprimento de nove meses de prisão, além de multa pela retrocitada norma.⁹

Segundo Salo de Carvalho¹⁰, é a partir da década de 40 que se verifica uma política de controle de drogas mais sistematizada de forma autônoma. Por meio do

⁷ FIORE, Mauricio. *Uso de “drogas”: controvérsias médicas e debate público*. Campinas: Mercado de Letras; Fapesp, 2007. Pg .26.

⁸ RODRIGUES, Thiago., op. Cit., 2004. Pg.136.

⁹ DELMANTO, Julio. op. cit. Pg. 73.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.Pg. 12.

decreto 4.720/42, a matéria referente ao comércio ou fornecimento de entorpecentes passa a ser tratado por legislação a parte, processo que tendeu a ser intensificado até os dias de hoje.

Já na década de 1960, fase da ditadura militar, em contexto semelhante à dicotomia discursiva médico-jurídica estadunidense, mas com solução diversa, o Brasil ratificou, em 1964, a Convenção Única sobre Entorpecentes, e em seguida outorgou o decreto-lei 159/1967, em que confere ao consumidor duplo tratamento, sendo este considerado *delinquente* e *doente* ao mesmo tempo. Posteriormente, com o Decreto 385/68 acaba-se por criminalizar definitivamente o usuário da mesma maneira que o distribuidor, contrariando toda tendência internacional à época. Dieter justifica a ausência e irrelevância de referida diferenciação em tal período da história das drogas no Brasil argumentando que as substâncias não eram tão difundidas nas classes não periféricas.¹¹

Tal tratamento severo quanto à figura dos consumidores persiste até a Lei de Tóxicos de 1976, que retira a equiparação entre usuário e traficante, aumentando a pena do último. É apenas, com a atual lei 11.343/06 que a pena privativa de liberdade deixa de ser o modelo de sanção direcionado àquele, passando a vigorar a ideia de legalização da redução de danos, como se verifica no artigo 28 do referido dispositivo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Contudo, corroborando-se com os argumentos de Maria Lúcia Karam, a lei de 2006 não alterou substancialmente as políticas proibicionistas, pois além da repetição das previsões do dispositivo de 1976, de antecipação da criminalização da produção e distribuição¹², a previsão de que o mero estado de posse de drogas possa configurar

¹¹ DIETER, Vitor Stegemann. Op. cit., Pg. 22.

¹² KARAM, Maria Lúcia. “A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo”.IN; LABATE, Beatriz; GOULART, Sandra et al (orgs). *Drogas e cultura* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008.

tráfico vem causando severas distorções quanto a quem seria usuário ou traficante, independente da quantidade levada consigo.

O dispositivo legal contemporâneo inaugurou uma fase de intensa perseguição ao tráfico, elevando os números de encarcerados por tal crime por meio de seu extenso rol constituído por dezoito vernáculos nucleares do tipo penal, produzindo, ainda intensas consequências àqueles mais vulneráveis.

1.3 A justiça penal seletiva no contexto da política proibicionista brasileira

Uma vez trabalhado o breve histórico do processo de controle e posterior criminalização das drogas, chega-se ao momento de análise das consequências de tal política. Do exame dos contextos políticos e sociológicos, de todos os âmbitos alcançados pelo processo proibicionista no Brasil, a justiça penal e seu caráter seletivo acaba por se tornar a consequência mais evidente.

Como bem descrito anteriormente, o controle e criminalização das substâncias ilícitas percorreu um caminho de rejeição social e econômica das culturas e raças alheias ao modelo ocidental branco. Tal percurso, indubitavelmente, permeou a sociedade com seus resquícios de estranhamento do outro, o qual neste caso é posição ocupada por sujeitos à margem dos centros urbanos, sobretudo, aqueles de baixo patrimônio, que consiste no perfil de pequeno traficante.

Em um estudo de 2009, os autores Luciana Boiteux, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Beatriz Vargas, Vanessa Oliveira Batista, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado e Carlos Eduardo Adriano Japiassu chegaram à conclusão de que diante dos tipos de traficantes, o atacadista e o varejista, os últimos sendo os revendedores de rua estão mais sujeitos à abordagem policial, enquanto que àqueles, os que comandam e mais lucram com o comércio ilegal, estão isentos de tais práticas pelo fato do crime de tráfico de drogas concentrar-se em apreensões discricionárias, justificadas com flagrantes:

“No varejo, pequenos traficantes, que costumam ser os únicos presos e identificados publicamente, realizam bons lucros, podendo o dono da boca quintuplicar o que pagou pela mercadoria, seguido pelo gerente e o vapor, que também recebem percentuais do “movimento”. Aviões e olheiros não têm ganho certo, podendo alguns receber bem mais do que operários da construção civil, por exemplo. Porém, se trata de atividade de alto risco de prisão, pois estes não conseguem corromper os policiais como aqueles que

estão nos extratos mais altos da hierarquia. [...]Diante da clara incapacidade de impedir a venda ou o consumo, a polícia atua apenas eventualmente, quando interessa e da maneira que interessa. Ainda que a agência policial fosse eficaz, bem aparelhada e incorruptível, o que não ocorre em nenhum lugar, não seria capaz de impedir que a indústria da droga ilícita mantivesse suas atividades em funcionamento, nem muito menos o sistema penitenciário teria condições de absorver todos os comerciantes de drogas. [...]Além disso, mesmo sem se considerar a corrupção direta, a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões. Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico.”¹³

Assim, sujeitos à abordagem policial como sendo ato que levará quase que automaticamente a figura do traficante de drogas à condenação, ressaltando que na grande maioria dos casos as únicas testemunhas arroladas no processo são os próprios agentes de Polícia que participaram do flagrante, os indivíduos selecionados costumam corresponder a um estereótipo pré-concebido, que se torna única justificativa a fundamentar a abordagem.

Em outra pesquisa, realizada na cidade de São Paulo, com resultados similares em todo o Brasil, verificou-se que a população negra ocupa a maior porcentagem nos casos de flagrante, e nos tipos de abordagem, devido a cor de sua pele. O estudo demonstra que para cada 100 mil habitantes brancos, 14 são presos em flagrante, enquanto que a cada 100 mil habitantes negros, 35 são presos em flagrante:

“Há, portanto, sobrerrepresentação da população negra nos presos em flagrante. Quando se calcula a taxa de presos em flagrante no ano de 2012 proporcionalmente à população residente no estado com 18 anos ou mais, em cada grupo de cor/raça, temos que, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos, 14 são presos, enquanto que para cada 100 mil habitantes negros, 35 são presos [...] Os dados apontam uma vigilância maior sobre a população

¹³BOITEUX, Luciana. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. VARGAS, Beatriz. BATISTA, Vanessa Oliveira. PRADO, Geraldo L. Mascarenhas. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Série Pensando o Direito: Tráfico de Drogas e Constituição*. Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos FND/UFRJ, grupo de pesquisa da universidade de Brasília/UNB, Rio de Janeiro/Brasília, Nº 1/2009, julho/2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf> Acesso em: 15/03/2016. Pg. 43-44.

negra, que se reflete na concentração do número de prisões em flagrante sobre este grupo. Este tipo de prisão poucas vezes decorre de uma investigação criminal prévia, executada por meio de mandado judicial; são mais frequentemente decorrentes da abordagem policial, indicando a filtragem racial nesta prática”.¹⁴

Pois bem. É de se afirmar, ainda, que imbuídos pela justificativa de que a abordagem a determinado indivíduo se deu porque este se encontrava em atitude suspeita, os agentes policiais acabam por evidenciar o racismo institucional existente em seus métodos investigativos.

Neste sentido, entrevistado em uma pesquisa que visava tratar das prisões provisórias e tráfico de drogas, realizada pelos autores Maria Gorete Marques de Jesus, Amanda Hildebrando Oi, Thiago Thadeu da Rocha e Pedro Lagatta, questionado acerca do que se compreendia como “atitude suspeita” pela corporação, um agente de Polícia arguiu:

“Atitude suspeita é um gesto de anormalidade, dependendo do local, é atitude suspeita. Um cara de terno numa favela é normal?! Ou ele foi buscar [droga] pra consumo ou ele tá envolvido com o tráfico. O mais engraçado é que a população tem essa noção. Dei aula na escola de soldados. Os soldados me questionavam: é atitude suspeita um negro num AUDI? Depende do local, das circunstâncias. É uma reunião de fatores. Às vezes o cara olha e trava [indicando atitude suspeita].”¹⁵

Do retrocitado relato pode-se depreender que o perfil do agente criminoso parece estar bem grafado por suas condições econômicas, suas relações sociais e sua raça, todos estes critérios que nada dizem respeito à configuração de um crime. Outrossim, verifica-se que a maneira pelo qual se chega ao crime de tráfico de drogas é

¹⁴ SINHORETTO, Jacqueline, *et al.* *A filtragem policial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações sociais*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume5/filtragem_racial_selecao_policial_suspeitos.pdf> Acesso em: 14/10/2017. Pg 126-127.

¹⁵ JESUS, Maria Gorete Marques de; HILDEBRANDO, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Recurso Eletrônico*. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/desp/Repositorio/23/Documentos/2011.12.20_Pris%C3%A3o%20Provis%C3%B3ria%20e%20Lei%20de%20Drogas%20%E2%80%93%20Um%20estudo%20sobre%20os%20flagrantes%20de%20tr%C3%A1fico%20de%20drogas%20na%20cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf> Acesso em: 15/03/2017. Pg. 36.

um caminho pautado na busca por eventuais flagrantes impulsionados por frágeis razões, evidenciando a precariedade do meio investigativo sobre o referido delito.

Ademais, as arbitrariedades concentradas nas comunidades em desvantagem econômica e desprezadas pela proteção estatal, revelam um cenário de estado de exceção em determinadas localidades do país. Nesse sentido, como assevera Giorgio Agamben, o estado de exceção tende a se tornar cada vez mais um paradigma do governo dominante na política contemporânea.¹⁶

Com efeito, baseando-se nas ideias de Agamben, Salo de Carvalho complementa o entendimento do autor, aduzindo a existência de uma distorção na aplicabilidade das bases principiológicas do processo penal. As garantias que deveriam mover o sistema de segurança pública acabam por ser suprimidas por estado permanente de exceção, sob o discurso emergencial de controle dos atos criminosos, que encontra resposta nas práticas repressivas:

“o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos de segurança pública e não como seu freio. Assim, dado o papel essencialmente repressivo que adquirem os Estados na atualidade, fato que levou inclusive a sua ressignificação e adjetivação como Estado Penal, os históricos instrumentos de contenção das violências públicas (direito e processo penal) são convertidos, com a ruptura do seu sentido garantidor, em mecanismos agregadores de beligerância.”¹⁷

Consequentemente, a flexibilização, e até mesmo o desprezo diante de determinadas garantias, como a inviolabilidade de domicílio, acabam por ser frequentes em situação de estado de permanente exceção, passando, inclusive, a serem práticas naturalizadas. Pelo próprio estado dominante restar imbuído pela conduta repressiva, justificativas diversas com o fito de legitimar as ações começam a surgir.

Neste sentido, estando o tráfico de drogas inserido em um contexto de exceção, – que acabou por se tornar regra - para além das abordagens policiais e autos de flagrante delito baseados em filtragem racial, a prática conhecida como “entrada

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. Pg 13.

¹⁷ CARVALHO, Salo. *Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Crítica Jurídica, v-25, 2006. Pg. 261

franqueada” passou a ser comum nas localidades de evidente vulnerabilidade socioeconômica. O referido ato diz respeito à entrada de agentes de polícia, com o objetivo de apreensão de entorpecentes, sem ordem judicial:

“Não se tratando de ações policiais que nos atingem ... bem entendido, não atingem a nós, a população economicamente estável, permanecemos menos sensível a essa realidade. Daí, não sopesamos com a necessária introspecção, que, por exemplo, uma invasão de domicílio, à noite, sem mandado, feita por policiais, sob suspeita de posse de drogas, fundada em denúncia anônima, recaindo a diligência policial em habitação coletiva, quase sempre, terminará por violar direitos fundamentais de pessoas que nada têm a ver com a chamada “denúncia anônima”, pois seus aposentos serão também revistados, seja por cautela, seja em “procedimento padrão” da polícia, mesmo que sobre os demais ocupantes da habitação coletiva não pesem suspeitas. E assim vem sendo tolerado.”¹⁸

Neste sentido, a pesquisa já antes citada, referente à prisão provisória e tráfico de drogas, preocupou-se também por compreender como se davam as abordagens domiciliares que davam ensejo ou eram ensejadas pelo flagrante delito. A conclusão após a coleta de dados foi a de expressiva quantidade de vezes que a polícia adentrou o domicílio de terceiros sem a existência de um mandado para tanto:

“A fim de compreender como dava essa entrada franqueada, optou-se por inserir uma questão no formulário da pesquisa sobre esse tipo de prática. De acordo com a Tabela 6, em 17,50% dos casos houve a chamada entrada franqueada. Vale destacar que esses 17,50% de casos representam os 12,50% de flagrantes realizados diretamente na residência, mas outros 5% de casos em que a entrada na residência se dá depois da abordagem via pública, não sendo a residência o local onde se iniciou a ocorrência.”¹⁹

Ademais, a naturalização dos métodos de exceção também tem relevante ligação com os reflexos da teoria do direito penal do inimigo. À medida que os direitos e garantias de determinado grupo e classe de indivíduos vão sendo tolhidas, com o objetivo de estabelecimento da segurança pública, a ideia de que estes sujeitos são inimigos do Estado passa a ser cada vez mais crescente.

¹⁸ AMARAL, Cláudio. *Inviolabilidade de 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>>

¹⁹ JESUS, Maria Gorete Marques de; HILDEBRANDO, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro.op. cit., pg 40.

Tal concepção contudo não merece vigorar, e muito menos encontra espaço de legitimidade em um Estado Democrático de Direito. É que a ideia transmitida pelo “direito penal do inimigo” conduz o olhar para o indivíduo e não para o fato antijurídico, típico e culpável, isto é, o crime.

Outrossim, insustentável, ainda, falar sobre a referida teoria, pois é concebida por meio de prévia diferenciação de um outro estigmatizado, desconsiderando todo contexto social e histórico que o levou à violação das normas, além da desconsideração da constante culpa do Estado na produção de desigualdades que acarretam em violência:

“É bem questionável se o conceito de inimigo é compatível com a imagem de ser humano da qual parte nosso ordenamento jurídico. Pode-se apontar para a história autoritária de concepções fundadas na distinção entre amigo/inimigo. A estigmatização de grupos inteiros de seres humanos como “diferentes”, a segregação entre “nós” e “eles” a que estas idéias levam – nada disso promove a necessária atitude de tolerância e humanidade. As incertezas em que estão envolvidas as prognoses de periculosidade são de todo ignoradas pela idéia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater.”²⁰

Destarte, a crescente demanda punitiva veio à tona como solução das desigualdades, o que contraditoriamente, só as intensifica. O Brasil, juntamente com outros países da América Latina, encontrando como óbice as extremas desigualdades sociais e econômicas foi e vem sendo incapaz de consolidar sistemas de direito propriamente ditos, sistemas onde figura a implementação de um Estado imparcial de Direito.²¹

Fica evidente que todas as consequências aqui relatadas, provenientes de uma justiça penal seletiva, encontram lastro na desigualdade econômica existente no país, e que foi asseverada com a criminalização do tráfico de drogas, tendo em vista a consequente segregação ocorrida entre traficantes e usuários de determinadas drogas, e a burguesia e elite da sociedade. Basta-nos compreender agora como embora a prática e

²⁰ GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 7 – Dezembro/2005. Pg 234.

²¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva*. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, edição 4, Mar/Abr, 2009. Pg. 98.

a história revele um trágico contexto seletivo de violação de garantias, há um pretenso marco teórico e legislativo de aplicação de um sistema processual penal acusatório blindado de arbitrariedades oriundas do poder punitivo estatal.

2. – TRÁFICO DE DROGAS, “ENTRADA FRANQUEADA” E LIMITES DO SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO

2.1 Um breve histórico do sistema probatório

Concebida na filosofia, por Aristóteles, como aquilo que produz saber, distante do conceito de indício, o qual estaria cerceado pelos limites do provável, a prova foi definida como “o dito que não pode ser refutado”, como o traço de um silogismo perfeitamente demonstrado.²² Seguindo a retrocitada concepção, embora a função da prova, ao longo da história do direito, tenha tomado diversas formas, pode-se perceber a repetição da constante busca pela verdade nos variados sistemas de apreciação probatória, por meio dos fenômenos políticos e sociológicos que cada cenário historicamente compôs.

Segundo Baldin e Corrêa, é natural a observação de que toda matéria relacionada à prova guarda íntima relação com os fenômenos políticos e sociológicos em que o processo penal se situa. Explicam que, em última análise, o processo penal constitui a cristalização da legitimidade, manifesta na aceitação do poder pela população²³. Consequentemente, em se tratando do crime de tráfico de drogas, os meios de prova, sob a égide da política criminal a compor o proibicionismo no Brasil, restam imbuídos de uma complexa rede de relações de poder que trazem à tona arbitrariedades adequadas ao que é tido como fenômeno político e sociológico por Baldin e Corrêa, indo, ainda, mais além.

O contexto social atual aponta para uma intensa criminalização das condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes, de modo que, proporcionalmente, os meios de prova se amoldam aos critérios do regime em que estão situados, extrapolando os parâmetros de licitude e ilicitude, fundando-se em um aspecto supostamente legítimo vinculado não só à reconstrução dos fatos com o objetivo de alcance da verdade real, mas também a de um punitivismo messiânico. Nesse passo, visando destacar certos

²² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Martins Fontes: São Paulo: 2007. Pg 805.

²³ BALDIN, Stenio Augusto Vasques; CORRÊA, Lygia Aparecida das Graças Gonçalves. *Prova: dos primórdios a atualidade*. Pensar Direito, Unilago. Pg. 66.

aspectos históricos a fim de compreender melhor como chegamos até *aqui*, começemos pelos primórdios, em uma conjuntura ambientada pelas origens do Direito.

Ante a ausência do que se entende por prova, os conflitos formados nas sociedades primitivas acabavam por ser resolvidos por meio da violência, em que aquele com mais força era reconhecido como o vencedor. Foi apenas com o surgimento dos Estados que a prova passou a ganhar uma configuração mais sistêmica, em que a figura dos árbitros surgiu como modo de intervenção da lide, ostentando, por conseguinte, o condão necessário para apresentar meios que comprovassem os fatos de que tratava o conflito.

Na antiguidade, em Atenas, embora não se observe um modelo uniforme de regulação processual, há indicações de que enquanto cabia aos próprios cidadãos, acusados pelo cometimento de algum crime, buscar elementos que viessem a contribuir com sua defesa, proferindo previamente o juramento de apenas aduzir a verdade, cabia aos escravos alegar os fatos em sua defesa, por meio de suplícios, tendo em vista que a estes não era permitido o supracitado compromisso.²⁴ À vista disso, tem-se, no referido período, os primeiros registros de tortura como meio de obtenção da verdade dos fatos.

Já durante o período da Idade Média, em que a religião era um dos pilares essenciais de sustentação da sociedade feudal, era comum o uso de práticas conhecidas como ordálias, além dos chamados juízos de Deus, e dos combates ou duelos judiciais, todos compreendidos como meios de apreciação de prova intercedidos pelo divino, concebido à época como único ente capaz de demonstrar a inocência ou culpa daquele submetido ao julgamento, demonstração que dependia da superação ou fracasso perante o desafio imposto.

No sistema ordálico, a prova era baseada em crenças e superstições, definida, consequentemente, não como a reconstrução da verdade em um sentido imanente, - pois esta demandaria a existência de mecanismos próprios - mas sim pela revelação de Deus, sob um aspecto filosoficamente relacionado com a transcendência. Sendo compreendido como um procedimento ausente de racionalidade, a procura pela narrativa absoluta acabava por se confundir com a própria punição. Tourinho Filho traz

²⁴AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. *Breve análise do histórico da prova penal*. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/Artigo%20-%20Breve%20anlise%20do%20historico%20da%20prova%20penal.pdf>> Link internet breve analise do histórico da prova penal> Acesso em: 20/08/2017. Pg. 02.

algumas práticas ordálicas, a fim de exemplificar o limitado papel do juiz, e a crueldade própria do referido sistema:

*“Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado(...) A do ferro em brasa: o pretenso culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta(...) O iudicium offae: o indivíduo devia engolir, de uma só vez, grande quantidade de alimento — notadamente farinha de trigo. Se não o fizesse, era culpado(...)”*²⁵

Pois bem. Com o desenvolvimento da racionalidade probatória, em face do sistema das ordálias, o qual era uma influência dos costumes germânicos durante a invasão destes à Europa, aos juízes foi conferido maior poder de intervenção na lide, de modo que, em alguns casos, suas decisões chegaram a beirar o despotismo²⁶. A estes foi concedida ampla liberdade para inquirir, marcando esta fase pelo surgimento, no século XIII, dos Tribunais de Inquisição, em que a tortura foi elencada como principal instrumento de extração da confissão do acusado, retomando-se assim, as influências do sistema probatório greco-romano, o qual confiava aos homens a solução dos conflitos.²⁷

Os métodos inquisitivos desenvolveram-se, sobretudo, durante a alçada eclesiástica, com base na coibição de heresias apontadas como acometimentos dos inimigos da Igreja. De tal fato, depreende-se que a repressão é além de medida nuclear para a existência e sobrevivência de sistemas inquisitivos, a validade destes.

Os procedimentos inquisitivos foram alastrados por grande parte da Europa, fato decorrente da Era do Absolutismo. O acolhimento dos referidos métodos residuiu na necessidade de geração de temor e no alcance dos chamados rebeldes e inimigos perante os governantes do Antigo Regime.

Com efeito, como freio ao procedimento inquisitivo, à luz dos ideários iluministas burgueses, mecanismos foram necessários para tal feito, a exemplo do reexame das decisões; do conhecido brocardo *quod non est in actis non est in hoc mundo* (o que não está nos autos, não está no mundo); e da mais importante trava para o ativismo dos juízes, qual seja, a prova legal, a qual veio gerar posteriormente um novo

²⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal, v. 3. 21. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1999. Pg.205

²⁶ Idem, ibidem. Pg. 205-206.

²⁷ AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Op. cit., Pg. 6.

sistema, que consistia em restringir os meios de apreciação de provas pelo magistrado. A prova era pré-valorada pela lei, de modo que restavam previstas as maneiras pelos quais determinados fatos deveriam ser provados, limitando ao máximo o arbítrio dos juízes.

Por fim, para além dos sistemas narrados, dialeticamente, outros, como o da livre convicção do julgador e da persuasão racional vieram retomar o valor do magistrado nos processos de apreciação probatória. Enquanto no primeiro cabe ao juiz, inclusive, amparar suas decisões em elementos alheios aos autos, além de inexistir a obrigatoriedade de motivação das suas decisões, o segundo delimita o olhar do julgador sobre a prova e seus meios, de forma que o processo de cognição e convencimento é lançado sobre o conjunto probatório de forma racional e motivada.

2.1.1: Delineando a prova processual penal nos sistemas inquisitório e acusatório.

Diante dos aspectos históricos anteriormente trabalhados, duas questões acabaram, conseqüentemente, sendo sublimadas. A primeira diz respeito à percepção de que houve uma maior restrição do poder punitivo, e de que houve o estabelecimento do verdadeiro papel do julgador na relação processual, trazendo à tona o vínculo e o caráter determinante que os variados sistemas de apreciação probatória possuem sobre o sistema inquisitório e acusatório.

Embora tais sistemas tratem de caracterizar o Direito Processual Penal como um todo, a análise dos meios de prova são essenciais para a averiguação daqueles. É que aliada a uma escolha política, como assevera Jacinto Coutinho, a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o sistema adotado.²⁸ Se dispositivo, isto é, a gestão das provas nas mãos das partes, enquanto o juiz é tido como mero espectador e responsável por assegurar as garantias, o sistema é concebido como acusatório; se inquisitivo, isto é, a gestão das provas nas mãos daquele que julga, o sistema em questão é inquisitório.

Derivadas do século XIII, as práticas inquisitivas de extração da verdade como meio probatório, por mais que tenham se revestido de outras maneiras na contemporaneidade, preservaram o elemento nuclear de busca inalcançável pelo fato

²⁸COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Brasília a. 46 n. 183 julho/set 2009. Pg. 109.

absoluto, em que o juiz acaba por ocupar uma posição parcial, sendo ao mesmo tempo aquele que adquire e admite a prova. Nesse viés, tem-se na atividade recognitiva do julgador vícios na construção do convencimento, pois como bem aduz Aury Lopes Jr, *quando um mesmo juiz vai atrás da prova, é elementar que ele não pode valorar a licitude do próprio ato no momento da admissibilidade dessa mesma prova.*²⁹

Nesse sentido, é relevante acrescentar que para além da ostentação de uma posição neutra, deve o julgador assumir o papel de garantidor do devido processo legal, caso contrário, pode-se falar ainda em um Processo Penal de caráter inquisitivo. É que, perante uma fase investigativa, como a fase de inquérito existente no Brasil, em que práticas costumeiras de caráter ilícito, como a busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, tem-se o ensejo de atos plenamente autoritários, que correspondem aos regimes políticos em que vigora essencialmente o sistema inquisitório.

A história da inquisição no Brasil, em era colonial, explica bastante sobre práticas contrárias aos limites postos pelo sistema de garantias. Embora não fossem os métodos inquisitórios constituídos por meio da figura de um Tribunal propriamente dito, tais concretizaram-se a partir das atuações de agentes que exerciam sua função como informantes e delatores, através de denúncias que eram levadas a julgamento no Tribunal de Lisboa.³⁰ A prática inquisitiva em tal contexto brasileiro é marcada, sobretudo, pela busca de um controle social pautado na insegurança de se tornar alvo da Inquisição sem elementos suficientes para tanto, tendo em vista que muitas das acusações eram vazias e se baseavam em critérios alheios ao fato atentatório em si.

Trilhando por caminho inverso, as garantias, como se verá abaixo, são organismos de central inerência a um Processo Penal proposto por um Estado que pretende ser democrático. A partir dessa lógica é que o sistema acusatório, nascido na Inglaterra em meados do século XII, após a invasão da Normanda, alvitra estabelecer uma figura que atue prezando pela paridade de participação, sob o crivo da presunção de inocência. A respectiva pretensão marcou a origem do retrocitado sistema, como se pode verificar:

“Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo writ, dito *novel disseisin*, instituiu para

²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pg. 357.

³⁰ HANSEN, Gilva Luiz, et al. *A Tradição Inquisitorial Brasileira*. Confluências, vol. 13, n. 2 – Niterói: PPGSD-UFF, novembro de 2012. Pg. 60-61.

Clarendon, em 1166, um *Trial by jury*. Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment*, um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Petty Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar.”³¹

Assim, vislumbra-se a partir das questões dispostas que por mais que no sistema brasileiro vigore imperativamente o caráter inquisitório em fase pré-processual, isto é, em fase de inquérito, não se anula a necessidade de um julgador como protetor das garantias do processo, e, conseqüentemente, garantias do acusado. A admissão de práticas ilícitas como prova, por mais que não geridas pelo juiz, por meio de sua omissão, permitem que o sistema inquisitório adentre a fase processual, estendendo, assim, o momento em que o contraditório foi afetado para um espaço em que este deveria ser exercido.

Pois bem. Quanto à segunda questão pontuada, trata-se da busca pela compreensão da racionalização dos mecanismos de valoração probatória, interligando-os a um conceito de prova, em que garantias constitucionais são inerentes a este, sobretudo, as relacionadas com princípios básicos, como a liberdade, a dignidade da pessoa humana e o direito ao contraditório, transferindo a figura do acusado da posição de objeto para a de sujeito da relação processual.

Para tanto, é necessário compreender o processo penal como procedimento que detém como núcleo legitimador, a construção dos seus atos erguida pelo contraditório. Tal fato é decorrente da ideia de que a prova além de tudo, é um direito, e assim, sendo, acabaria por se deixar de lado o exercício desigual da relação entre as partes (juiz, acusador, acusado).³²

Apesar dos mais distintos meios que foram historicamente propostos para ser alcançada, pode-se inferir que a prova foi compreendida como sendo nada mais que parte instrumental da reconstrução dos fatos com o objetivo de convencimento daquele

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., Pg 107.

³² LOPES JR., Aury. Op. cit. Pg. 40

que busca uma verdade. Tal entendimento necessita, contudo, de bastante cautela, a fim de não tornar a instrução probatória em um processo de *objetificação* do sujeito. Desta maneira, em face do alcance da verdade como um resultado vitorioso e eficiente, o processo penal deve prezar, para além da ideia de limitação do poder-dever punitivo estatal, a proteção e enaltecimento da dignidade humana.³³

Devido muito às influências iluministas, o Brasil desde a regência de D. Pedro I, em que foram estatuídas diversas garantias, e em que foram abolidas penas infamantes e a tortura, passou por momentos em que vivenciou marcantes legislações que rumavam em direção a um espírito anti-inquisitorial³⁴.

Maior exemplo da referida adução está conservado na Constituição Federal Brasileira de 1988, que preconiza a principiologia básica que orienta a teoria geral das provas: o artigo 5º, LV, que trata da ampla defesa e contraditório; o inciso LIV, do mesmo dispositivo, que assegura o devido processo legal; e o inciso LVII, que prevê o dever de se presumir a inocência, todos dispositivos que além de guiarem um processo a ser justo e equitativo, emergem como condição indispensável de validade para todos os atos que compõem os procedimentos de prova.

Por conseguinte, a referida condição de validade constitui parte da origem dos limites legais de aquisição, valoração e admissão de provas. A fim de se fazer distinguir atos de investigação e atos de prova, sistema inquisitório e sistema acusatório, alguns meios de prova, bem como algumas provas propriamente ditas, são inadmissíveis, consideradas, portanto ilegais.

A ilegalidade probatória é, contudo, condição que, como veremos, é flexibilizada, e até mesmo afastada, seja por argumentos hermenêuticos, por arguições de pretensa justiça, seja pela existência de resquícios pertencentes a diversos momentos inquisitivos da história do direito processual penal. Tais são reconhecidos, sobretudo, em práticas cotidianas de cunho investigativo ou de apuração de elementos informativos a compor o devido processo como se conhece contemporaneamente.

³³ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho precesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. Pg. 58.

³⁴ AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Op. cit. Pg 14

2.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas

Antes de adentrar a questão estritamente relativa às provas consideradas ilícitas, é necessário diferenciá-las das provas ilegítimas. A grande distinção entre tais reside no fato do meio de obtenção de uma tratar de violação ao direito formal, enquanto da outra, de violação ao direito processual.³⁵

Destarte, a ilegitimidade probatória ocorre nos casos em que se verifica a transgressão de regra de natureza processual, a exemplo de juntadas fora do prazo. Já a ilicitude consiste na violação de normas de direito material, que se encontram amparadas, sobretudo, pela Constituição. Os casos mais simbólicos e exemplificativos são a quebra de sigilo fiscal e bancário, sem ordem judicial (art. 5º, XXI, da CFRB c/c art. 1º, da Lei nº 9296/1996), as provas obtidas mediante tortura e maus tratos (art. 5º, III, da CFRB), e a violação de domicílio (art. 5º, XI, da CFRB), todos os casos tratados no rol de direitos fundamentais da Carta Magna pátria.

A inadmissibilidade das provas ilícitas, portanto, para além da denotação de limites à liberdade da prova, como forma de garantia do devido processo legal, é um princípio propriamente dito. Para Paulo Rangel, tal adução é sustentada pelo entendimento de que *“a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar.”*³⁶

Asseverando tal entendimento, especialmente quando tratamos de um processo penal brasileiro que, embora assuma caráter misto, com pretensões acusatórias, mas que por vezes reproduz atos inquisitórios na maneira como se gera e se admite a prova, é necessário tratar cada vez mais dos elementos de ilicitude que permeiam a matéria. Neste sentido, falar de limites na figura da inadmissibilidade das provas ilícitas é também conceber uma aproximação das formas garantistas já previstas constitucionalmente.

Outrossim, tratar da ilicitude probatória significa também falar sobre a instrumentalidade das formas como maneira de entrave ao poder punitivo estatal.

³⁵ LOPES JR., Aury. Op. cit. Pg. 402.

³⁶ RANGEL Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 471

Antiteticamente, esta serve como guarida dos direitos fundamentais tão aclamados pelo Poder Constituinte, e pelos Direitos Humanos, sobretudo, quando se tem assumida a posição de que o indivíduo possui, primeiramente, direitos, e depois deveres perante o Estado, o qual ordena com o objetivo de cuidar das necessidades do cidadão, sob a égide da máxima dignidade da pessoa humana.³⁷

A Constituição Federal preconiza em seu artigo 5º LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Ratificando tal posição, o código de processo penal pátrio vigente prevê em seu artigo 157 que “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”, acrescentando ainda em §1º que “*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*”.

Ora, dos excertos legais supracitados, pode-se depreender uma preocupação sobre o tema em questão, mormente ao preconizar o desentranhamento do conteúdo ilícito a fim de não contaminar o processo. Tal inquietação é oriunda da teoria conhecida como “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”, adotada, como se verifica, no ordenamento brasileiro, mas a qual surgiu a partir de entendimento da Suprema Corte estadunidense ao enfrentar situação em que embora o meio de prova derivado possuísse caráter lícito, o fato anterior que serviu como base para sua origem constituía obtenção de prova ilícita.³⁸

A situação enfrentada pela Corte, em suma, foi a seguinte: por meio de uma interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, descobriu-se o local onde eram guardados produtos provenientes de comércio ilegal. Tal descoberta ensejou a expedição de mandado de busca e apreensão, o qual foi cumprido devidamente, correspondendo a todos os limites legais. Questionou-se, portanto, a (im)possibilidade de se considerar válida a busca e apreensão diante da ilegalidade anterior.

Assim, tem-se como entendimento final da Corte estadunidense a invalidade de provas derivadas quando as provas anteriores que a ensejaram constituírem

³⁷ BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pg. 136.

³⁸ RANGEL Paulo. Op. cit. Pg. 476.

ilegalidade. Neste caso, similarmente, estariam os vícios da árvore envenenada, transmitidos para seus frutos, o que os impedem de ser consumidos.

Pois bem. Introduzido o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas, questiona-se se tal vedação possui caráter absoluto ou não. Em outras palavras: há algum meio de aproveitamento de provas ilícitas, de forma que as provas, frutos daquelas não ensejariam contaminação? É que o veremos a seguir.

2.2.1 Os meios de aproveitamento de provas ilícitas

Deparando-se com situações semelhantes a que deu origem à *teoria dos frutos da árvore envenenada*, o Supremo Tribunal Federal durante certo tempo passou a ter entendimento dividido, compreendendo em um primeiro momento como possível a utilização da prova derivada, e posteriormente, aplicando a teoria, reconhecendo a vedação.

Com efeito, foi neste contexto que o STF passou a edificar o que viria a ser mais tarde compreendida como “teoria da fonte independente”, em que não há que se falar de contaminação transmitida da prova ilícita para a prova derivada lícita se for constatado que esta última poderia ter sido obtida por qualquer outro meio, sendo o embasamento proveniente da primeira apenas uma mera corroboração:

Habeas corpus. Prova ilícita. Escuta telefonica. Fruits of the poisonous tree. Não acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefonica deferida judicialmente. É que a interceptação telefonica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. Unânime. (HC nº 74.599/SP - Habeas Corpus - Relator Ministro limar Galvão - Publicação: Dj 7/2/1997 - p. 1340 - Julgamento: 3/12/1996- Primeira Turma.)

O retrocitado entendimento, por meio da Lei nº 11.690/2008, foi previsto no código de processo penal em dispositivo já tratado neste trabalho, qual seja, o artigo 157, §1º, que prevê que “*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*”.

Outrossim, outra teoria acaba por nascer junto com a “teoria da fonte independente”. Trata-se da “descoberta inevitável”, a qual é abordada também pela legislação infraconstitucional brasileira, embora por equívoco do legislador, é tratada como definição do que seriam fontes independentes. A referida teoria está preconizada no §2º do mesmo dispositivo supracitado, prevendo que não serão contaminadas as provas derivadas “*que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*”

Em que pese as teorias tenham encontrado espaço na legislação e jurisprudência brasileira, entende-se que a aplicação destas seja problemática em diversas medidas. É que a sustentação de tais é permeada por inexatidão, dependendo-se, portanto, da discricionariedade do julgador, o que nos leva ao anterior debate dos resquícios inquisitórios no sistema de provas brasileiro.

Diferentemente do que tende a ocorrer, as teorias deveriam merecer guarida a partir de ônus probatório do acusador. Nas palavras de Lopes Jr:

“A noção de nexo causal deve ser ampliada quando se trata de reconhecer a contaminação. Ou seja, até que se demonstre o contrário, a prova produzida na continuação daquela ilícita deverá ser tida como contaminada, desde que mantenha um mínimo de relação causa-efeito (obviamente, se ficar evidente a independência, não há que se anulem as demais provas). Isso significa uma inversão completa do tratamento do nexo causal em relação àquele empregado pelos tribunais, em que a prova somente é anulada por derivação se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação, admitindo-se todo tipo de ginástica argumentativa para “salvar” a prova (contaminada).”³⁹

Pois bem. Compreende-se que a possibilidade ou não de aplicação das teorias da fonte independente e da descoberta inevitável é de grande importância ao assunto tratado no presente trabalho ao verificarmos a tendência do sistema probatório brasileiro em aproveitar a prova ilícita maneira mais efetiva possível em direção ao resultado pena.

A chamada política de combate às drogas trouxe ao debate jurídico a “entrada franqueada”, prática que diz respeito à entrada de agentes de polícia ao domicílio sem ordem judicial. A princípio, como vimos, tal ilegalidade enquadra-se em

³⁹ LOPES JR. Aury. Op. cit. pg. 414

um dos casos de ilicitude probatória, mas que acaba por ser aceita como ato costumeiro a ser justificado pelo Estado de diversas formas.

Neste sentido, afirma-se que não é incomum a verificação de domicílios violados para a obtenção de provas derivadas ou originárias nos casos em que são encontrados entorpecentes em casas localizadas em mesma comunidade. Ou, ainda, em casos que sujeitos são flagrados portando drogas, e o mero apontamento ou consentimento deste justifica a entrada em domicílio alheio. Em tais casos, por vezes o próprio flagrante não encontra razão de ser, muito menos a apreensão derivada que encontra sua ilicitude em sua própria forma e na contaminação oriunda do momento anterior.

2.2.2 Buscas sem autorização nos crimes de tráfico de drogas

Como visto anteriormente, as consequências do processo de controle e criminalização de drogas provocou na justiça penal brasileira consequências de cunho social e econômico que se expressam por meio de práticas de seletividade, sobretudo, quando se trata da apreensão de drogas. Apreensão esta que acaba por violar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, como o direito à privacidade e à intimidade, expressos na inviolabilidade de domicílio.

Pois bem. Entende-se por “entrada franqueada” a prática de abordagem domiciliar sem ordem judicial, que encontraria justificativa para ocorrer por meio do consentimento do morador⁴⁰ ou de flagrante delito prévio que fundamentaria a busca e apreensão de entorpecentes como prova derivada de tal ato. Agentes policiais, comumente, movidos por causas diversas, como a denúncia anônima, ou simplesmente por meio de fundamento genérico, como a suspeita, adentram o domicílio de terceiros, a fim de encontrar substâncias ilícitas, obtendo êxito ou não, sem que a referida prática seja considerada ilegal.

Como já citado, a busca domiciliar encontra como entrave as garantias constitucionais que dizem respeito aos direitos fundamentais. Destarte, o código processo penal acabou por preconizar taxativamente a forma que o referido meio de obtenção deve ser realizado, através da preexistência de mandado judicial:

⁴⁰ Fato que dá origem ao termo “franqueada”, uma vez que se aduz que o “consentimento” do morador é interpretado como uma franquia que dá acesso à Polícia ao interior do domicílio.

“Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.”

Para além da prévia existência de um mandado judicial, o código processual penal ainda prevê a existência de fundadas razões para que a busca domiciliar seja realizada. Tal disposição contribui para o entendimento de um sistema penal e processual penal que enalteça a importância do cunho investigativo como construção de um conjunto probatório comprometido com a verdade dos autos, comprometido com a instrumentalidade das formas como caminho legítimo para uma edificação de uma convicção racional.

O que ocorre pragmaticamente, no entanto, é como bem aduz Geraldo Prado, o exercício de métodos que violam o âmbito da vida privada em prol do punitivismo messiânico aqui já citado. Afirma o autor que *“em um cenário de tensão entre liberdade e segurança e sob a inspiração da retórica do risco, os Estados produzem normativas que acossam os direitos fundamentais visando ampliar os recursos à disposição da repressão penal”*⁴¹.

Com efeito, da análise da “entrada franqueada”, verifica-se a persistência de um pretense nexo de causalidade baseado na narrativa policial genérica de que “estavam em rondas de rotina quando se depararam com sujeitos em atitude suspeita”. Esta primeira abordagem é geralmente fundamentada por meio do flagrante delito, gerado a partir de concepções prévias e alheias à possível conduta criminosa.

A fim de um maior aprofundamento quanto ao argumento anterior, cita-se um estudo referente à prisão provisória e lei de Drogas, realizado em 2011, por meio de entrevistas à agentes policiais, promotores e defensores, além de avaliações quantitativas, onde se chegou à conclusão de que:

“o policial tem o que ele chama de “tirocínio”, uma “visão treinada que identifica o suspeito”, consiste numa “convicção profissional adquirida pelo trabalho do dia-a-dia”. Para ele: “É fácil identificar o traficante porque ele

⁴¹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Pg. 59.

mesmo se denuncia, a gente perceber que a pessoa fica nervosa quando vê a viatura, tenta esconder algo ou tenta fugir [...] Ainda de acordo com o PM(9), quando os policiais militares têm alguma informação privilegiada de tráfico ou de ponto de venda de drogas, ela não é passada para o delegado da área, mas para o P2 que averigua e investiga o caso, para verificar a possibilidade de realizar um flagrante. De acordo com o PM (14), em alguns casos o próprio policial do P2 faz uma denúncia anônima para que a Polícia Militar uniformizada dê um flagrante.”⁴²

Neste sentido, Cleunice Pitombo argui haver primordial cuidado quanto à possível confusão que pode haver entre o que se concebe como suspeita e indício:

“As fundadas razões”, a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção (seja da acusação ou da defesa), que possam achar na casa, a qual se pretende varejar [...] Não guarda cabimento a proteção da intimidade e da inviolabilidade de domicílio ruírem, ou cederem passo, frente à suspeita, ainda que venha adjetivada de robusta, séria ou de grave. [...] Melhor, pois, estando em jogo direito ou garantia constitucional, não misturar suspeita com indício, como fatores autorizantes da busca domiciliar”⁴³

. Assim, no que diz respeito ao ato de suspeitar - ainda mais quando pautado em critérios de evidente racismo institucional - não deve se permitir que tal impere em face das garantias asseguradas pelo código processual e pela Constituição Federal.

2.3 A “Entrada Franqueada” como produto do mito da verdade real

Retomando as questões acerca do sistema inquisitório, e como este guarda íntima relação com a chamada verdade real, busca-se em tal tópico compreender como a “entrada franqueada” amolda-se como um resquício de tal sistema.

Como dito em momento anterior, as abordagens policiais quase sempre se dão por meio de concepções prévias à possível conduta criminosa que possa estar compreendido o indivíduo. A concepção de um padrão de comportamento como reação temerosa à presença da policial é compreendida como o que chamam de “atitude suspeita”, mas que revela um lado oculto que tem muito mais a dizer .

⁴² JESUS, Maria Gorete Marques de; HILDEBRANDO, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro.op. cit. Pg 36.

⁴³ PITOMBO, Cleunice. A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal* . ed. São Paulo: RT, 2005. Pg. 115.

A presença da inquisição no Brasil marcou um momento de controle social por meio da insegurança de ser visto como um herético, violador das normas sem haver um motivo explícito que diz diretamente respeito à conduta. Da mesma maneira, do que já foi aqui debatido, tem-se um grupo da sociedade posto às margens, o que já os coloca no rol de suspeitos pelo simples fato de ter nascido em localidade de menor concentração patrimonial.

Partindo-se de tal adução, percebe-se já uma espécie de verdade estereotipada posta nos métodos de abordagens policiais. A segunda verdade reside na ilusão de se atingir a concretização de uma justiça absoluta por se alcançar a verdade dos fatos.

Em sendo o crime de tráfico de drogas uma das grandes causas do elevado encarceramento contemporâneo, a perseguição aos comerciantes e usuários dos entorpecentes é prática constante. O combate a tal delito concebe a ideia de se fazer justiça plena, tratando a repressão penal como instrumento legítimo da proteção à saúde pública, buscando, custe o que custar, a punição daqueles que “promovem o vício alheio”.

Neste contexto, a busca desenfreada pela apreensão das drogas traz tais como a verdade a ser alcançada. Verdade esta que carrega em si discursos que passam a ordenar a sociedade, a estrutura econômica, e a política criminal a ser adotada. Eugênio Pacelli, no entanto, atenta-nos para a devida cautela quando se trata de verdade real:

“Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média.”⁴⁴

A prática costumeira e os fundamentos que são utilizados para justificar a “entrada franqueada” nos crimes de tráfico de drogas, contudo, tendem a ser mais perigosos e complexos do que a busca por um elemento probatório que venha comprovar a ocorrência de um fato localizado no passado. É que a verdade sustentada a partir da apreensão como prova inequívoca do cometimento do ato delituoso constitui,

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª Ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2005. Pg. 177.

além de tudo, como sendo um crime permanente, seja em seu aspecto jurídico, seja em seu aspecto político, isto é, a ideia de que o tráfico é um mal real e grande propulsor da violência e demais crimes, e, portanto, deve ser combatido com maior intensidade.

Todavia, não se corrobora com esse entendimento. A partir da égide do Estado Democrático de Direito, e do garantismo penal como fruto deste, o sistema probatório não pode estar sujeito a concepções discricionárias que submetem os meios de provas a moldes de um fim pré-disposto. A prova deve ser tida como caminho legítimo a ser trilhado, mediante respeito às regras que precisam e delimitam o espaço a ser debatido, sem cair numa perseguição de hipóteses predeterminadas, que degeneram juízos de valor.

3. O OLHAR JURISPRUDENCIAL SOBRE O INSTITUTO DA ENTRADA FRANQUEADA

3.1 O consentimento viciado do morador

Sendo a “entrada franqueada” uma prática frequente no dia-a-dia de diversas comunidades e bairros brasileiros, seu motivo de ser nos crimes de tráfico de drogas encontra respaldo, como já vimos, em um contexto historicamente proibicionista que tem nos entorpecentes como grande mal social e forte inimigo da saúde e segurança pública. A supracitada prática encontra, ainda, como justificativa para a superação de sua ilicitude, “ginásticas hermenêuticas” e instrumentalização de previsões constitucionais, como o consentimento do morador a supostamente permitir a entrada.

O termo “entrada franqueada” pressupõe a ideia de um meio de apreensão domiciliar, sem ordem judicial, mas que afastaria a ilicitude diante do consentimento do morador. A referida adução é sustentada por boa parte da doutrina, bem como pela jurisprudência pátria como um meio de aproveitamento de prova para a persecução penal do crime que é uma das maiores causas do crescente encarceramento na sociedade contemporânea brasileira, qual seja, o crime de tráfico de drogas.

O Superior Tribunal de Justiça tem como pacífica a ideia do afastamento da ilicitude probatória, por meio do consentimento do morador, sobretudo, por fundar-se em previsão constitucional, como se verifica:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI 10.826/03.

IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PRISÃO EM FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. CONSENTIMENTO EXPRESSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRETENSA ANULAÇÃO. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal, o consentimento do morador é apto a excepcionar a regra da inviolabilidade do domicílio. Na espécie, o réu permitiu expressamente a entrada dos policiais em sua casa para feita de averiguações, oportunidade em que foram encontrados os objetos ilícitos que deram azo à imputação. 3. Consentir com a entrada dos milicianos e, a posteriori, pretender a anulação do feito por tal motivo denota violação da boa-fé objetiva, na dimensão da vedação do venire contra factum proprium. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 367883 / SC. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 07/02/2017; Dje: 15/02/2017).

É certo que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI preconiza, como direito fundamental a inviolabilidade de domicílio, legitimando a entrada a partir do consentimento do morador. Todavia, o referido consentimento não se dá de qualquer forma, é necessário que este seja livre e voluntário, não havendo que se falar em consentimento tácito, tendo em vista que o cato não pode simplesmente ser presumido⁴⁵, caso contrário, não estaríamos a falar no ato de consentir.

Em que pese não haja à primeira vista equívoco no entendimento dos Tribunais e das Cortes brasileiras ao se apoiarem em previsões constitucionalmente dispostas, há que se discutir a possibilidade de vício no consentimento do morador diante da existência do que se chama de “intimidação ambiental”⁴⁶, quando o indivíduo se depara com a figura de uma autoridade policial.

Não há como negar que nas localidades em que a “entrada franqueada” ocorre comumente, a rotina semelhante a um estado permanente de exceção intensifica o autoritarismo reflexo da hierarquia militar. O “consentimento” é ainda mais limitado, quando o que enseja a entrada é a apreensão de acusado em estado de flagrância em localidade diversa da residência.

⁴⁵ PITOMBO, Cleunice. A. Valentim Bastos . op. cit. Pg. 118.

⁴⁶ Termo utilizado pelo Tribunal Supremo da Espanha em decisão datada de 13 de junho de 1992 (STC n. 341/93) acerca de entrada domiciliar, sem ordem judicial, em residência de preso cautelar.

Ora, é completamente insuficiente o consentimento dado pelo morador em tais casos, sobretudo porque sua capacidade de consentir, diante da submissão imposta pelos agentes públicos, aptos a usar, inclusive, a força física, é reduzida.⁴⁷ Ademais, se o mero consentimento do morador viesse a ser suficiente para o ensejo da busca e apreensão dos produtos ilícitos, a previsão legal de um mandado judicial a permitir tal ato restaria dispensável.

Corroborando com este entendimento, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento de Apelação criminal, em excerto de voto lavrado pelo Desembargador relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, que afirma:

“Não existe previsão legal para a busca domiciliar a partir da permissão informal do proprietário. Do consentimento a que se refere o artigo 5º, XI, da CF não se infere que poderão ser realizadas buscas sem determinação judicial, apenas sob a anuência do morador. Se assim fosse, veríamos-nos diante de um quadro temerário, no qual os mandados de busca e apreensão seriam dispensáveis, já que polícia sempre poderia conseguir, extrajudicialmente, o “consentimento” do proprietário. Afinal, é de se ter em conta que, nas circunstâncias descritas nos autos esse aval foi dado sob constrangimento.”⁴⁸

Assim, independentemente da situação que venha a ensejar a entrada seja a realização de um flagrante delito em localidade diversa, ou de uma abordagem que se inicia diretamente em determinada residência, a superação do consentimento viciado do morador sobre a necessária existência de um mandado judicial a legitimar o cumprimento da ordem destruiria os limites impostos às arbitrariedade do poder punitivo, tolhendo, conseqüentemente as garantias consagradas pela Constituição.

3.2 “Entrada franqueada” a partir de denúncias anônimas

Antes de se chegar ao domicílio é evidente que há circunstâncias e fatos que levam os agentes de Polícia à residência onde supostamente serão encontrados os

⁴⁷ CARVALHO, Alexandre Victor de; MACHADO, Gabriela Mendes; SOUZA, Tiago de Brito. *A alarmante relativização das garantias constitucionais: crime permanente e prisão em flagrante*.

Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/a-alarmante-relativizacao-das-garantias-constitucionais-crime-permanente-e-prisao-em-flagrante>> Acesso em: 14/10/2017.

⁴⁸ TJRS. ApCrim nº 70058172628. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Terceira Câmara Criminal. Data de Julgamento: 15/05/2014. Publicação: 24/06/2014.

entorpecentes ilícitos. Muitas das vezes grande fator ensejador da “entrada franqueada” são denúncias anônimas, utilizadas como frágeis razões a fundamentar a violação de domicílio.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, a exemplo do HC 106.664, de relatoria do Ministro Celso de Mello, já decidiu que a instauração de inquérito policial não pode iniciar unicamente com base em denúncias anônimas, tendo em vista a fragilidade em que estas consistem:

Ementa: Habeas Corpus – Persecução penal – Delação anônima – Possibilidade – Doutrina – Precedentes – Pretendida extinção do procedimento penal por suposta inviabilidade jurídica da ‘delatio criminis’ anônima – Inadmissibilidade, na espécie, do encerramento sumário da investigação penal – Correta adoção, pela Autoridade Policial, de prévia e sumária apuração da conduta delituosa objeto da ‘notícia criminis’ anônima – Observância, pela Polícia Judiciária, da diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal em tema de delação anônima – Consequente inoccorrência, no caso, de situação configuradora de injusto constrangimento – Pedido indeferido.⁴⁹

É necessário ter como regra a valorização de um procedimento investigativo fundado em fortes indícios e fatos concretos, a fim de que os atos policiais não extrapolem seu funcionalismo e recaia no âmbito de arbitrariedades próprias de regimes extremamente autoritários. Assim, diante de uma denúncia anônima, vislumbra-se que uma conduta policial adequada seria a de apuração preliminar das informações que estão sendo anonimamente fornecidas para que o inquérito seja instaurado.

Com efeito, verifica-se que a fragilidade da denúncia anônima argumentada serve também como parâmetro para o não reconhecimento da “entrada franqueada” em tais casos. Em situações em que informações por meio de anonimatos indicam a existência de depósito de drogas em determinada, caberia aos policiais militares verificar a veracidade dos elementos informativos, contatando a autoridade policial. Uma vez verídico o conteúdo da denúncia, deveria proceder com representação ao juízo, a fim de haja concessão de mandado judicial de busca e apreensão⁵⁰.

⁴⁹ STF. HC 106664 / SP. Relator(a): Min. Celso De Mello. Data de Julgamento: 27/08/2013; Publicação: 30/10/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁵⁰ ZANON, Raphael; DECARLI, Rodolfo Luiz. *Denúncia Anônima e a Violação de Domicílio à Luz do*

Muito embora tal conduta seja a prevista em lei como restrição a possíveis arbitrariedades, uma das justificativas para acolhimento das denúncias anônimas é o argumento de que observação de situação de flagrância. Todavia, como já bem vimos em capítulos anteriores do trabalho, o flagrante é quase sempre impulsionado por questões plenamente alheias à conduta delitiva, concentrada, no entanto, na figura do agente segundo o que costumam chamar de “atitude suspeita”. O flagrante delito é, assim, o grande argumento de flexibilização da garantia constitucional relativa à inviolabilidade de domicílio.

3.3 Flagrantes de crimes permanentes e inviolabilidade de domicílio

Constitucionalmente concebe-se o domicílio como asilo inviolável. Diante de um direito fundamental, compreende-se que possíveis ponderações devem existir quando haja notável conflito entre normas de direito fundamental. O que vem ocorrendo, no entanto, com a comum prática da “entrada franqueada” é a inferiorização de princípio basilar de construção do indivíduo diante da ideia da segurança pública como primordial fim a ser alcançado.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI prevê:

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.

Como bem se observa, a inviolabilidade de domicílio não possui caráter absoluto, sendo mitigada nos casos dispostos em norma constitucional. Uma vez que já tratamos acerca do consentimento do morador como ato viciado nos casos de “entrada franqueada” para apreensão de entorpecentes, cabe-nos debater acerca do flagrante delito que encontra vasto amparo na legislação brasileira, mas que não encontra função ilimitada.

Diante de flagrante delito é permitido adentrar a residência alheia, inclusive em período noturno. O código de processo penal preconiza três tipos de flagrantes em seu artigo 302, quais sejam, o flagrante próprio (art. 302, incisos I e II, do CPP), o flagrante impróprio (art. 302, inciso III, do CPP), e o flagrante presumido (art. 302, IV,

do CPP). Todavia é no crime permanente que se encontra o grande fundamento para o afastamento da inviolabilidade de domicílio.

Nos crimes permanentes, entende-se que o flagrante dura enquanto a permanência durar (art. 303, CPP). Ora, em sendo o tráfico de drogas um crime permanente estaria, portanto, permitido a atuação policial a qualquer tempo em domicílio alheio, por meio de “entrada franqueada” ou até mesmo independente do consentimento do morador? Não!

Anterior à ideia de permanência vigora a existência de fatos concretos que fundamentem a ideia do flagrante, e não contrário. Em tal sentido, segundo Alexandre Morais da Rosa, a confusão lógica em torno do dispositivo constitucional e infraconstitucional já aqui citados, tem como solução a construção de raciocínio que indique que o flagrante permanente seja visualizado *ex ante*, não podendo se limitar ao campo imaginativo ou suposto, mas ao âmbito posto⁵¹, o que nos remete à ideia de necessários métodos que ressaltem a importância do caráter investigativo policial, não se atendo a práticas rotineiras eventuais como solução não estratégica para a atuação de controle da violência.

Como já visto anteriormente, a seletividade da justiça penal acaba por trazer como fundamento para ocorrência e legitimação do flagrantes, suspeitas precárias de caráter racista e com viés de segregação. Daí que não pode o flagrante ocorrer em momento posterior à entrada, tendo em vista que a violação à garantia já ocorreu em momento anterior, nem pode ocorrer em situação prévia à entrada na residência se pautado em concepções que se referem estritamente à critérios de cunho pessoal quanto à figura do indivíduo, ou de forma genérica, aduzindo a existência de “atitude suspeita” sem motivação real do tal expressão significaria.

Ademais, visualizando-se o ato de entrar como um ato de poder estatal, não é possível nos contentar com a utilização de uma lógica meramente formal acerca da permanência do crime nos casos de flagrante. Em outras palavras, é necessário percorrer caminho além do que está estritamente escrito em lei. Devemos questionar o que moveu o legislador a estabelecer tal garantia.

⁵¹ROSA, Alexandre Morais. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>> Acesso em: 07/09/2017.

Partindo da ideia de que domicílio constitui ampla significação, podendo ser compreendido na ideia de habitação temporária, como pensão, hotel, além de ser consagrado como local ocupado com exclusividade seja para fins de residência, seja para fins profissionais, o que tais locais possuem em comum é o direito à vida privada estar assegurado.⁵² A concepção dicotômica de que a intimidade é um âmbito protegido pelas limitações compreendidas no exercício do âmbito público vigora em muitos aspectos constitucionais, desde que no espaço privado não ocorra abuso de regra de interesse público totalizante.

Acrescenta-se, ainda que a própria ideia de proteção à vida privada também não deixa de ser interesse de todos. Assim, tem-se que a violação do domicílio sob a justificativa de proteção à coletividade como bem maior é de uma imensa deturpação. Embora a lógica do tráfico de drogas em ser crime que deve ser severamente combatido, sob os fundamentos acerca da patologização e do delito como causador das diversas violências, as garantias individuais não podem ser afrontadas, sob pena do Estado praticar uma espécie de “automutilação” ao ferir as próprias garantias que o funda como democrático e de direito.

3.4 As implicações do Recurso Extraordinário nº 603616 e o mais atual entendimento acerca da “Entrada Franqueada”

Alcançado, por fim, o último tópico deste trabalho, passemos à análise de Recurso Extraordinário com consequente repercussão geral, tendo seu julgamento ocorrido em novembro de 2015, em que se decidiu pela possibilidade da ocorrência de “entrada franqueada” nos casos de crimes permanentes, por meio dos muitos argumentos que já foram aqui anteriormente combatidos.

O caso tratado pelo RE nº 603616 ocorreu em Rondônia em situação que policiais militares se depararam com indivíduo portando determinada quantidade de entorpecentes, e questionado onde havia conseguido as drogas, este apontou domicílio do fornecedor. Por conseguinte, sem mandado judicial, ostentando a justificativa de que portava fundadas razões para adentrar a residência do sujeito delato, os agentes

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013 pg. 548.

promoveram a “entrada franqueada” e apreenderam 8,542kg (oito quilos e quinhentos e quarenta e dois gramas) de substância conhecida por cocaína.

O segundo acusado, por conseguinte, foi preso por se enquadrar no tipo penal do artigo 33, da Lei de nº 11.343/2006, e interpôs Recurso Extraordinário, arguindo a ilicitude do ato que ensejou o flagrante e denúncia, pelo fato da apreensão ter ocorrido sem a existência de mandado judicial. O recurso não foi provido.

Não é intenção do presente trabalho tratar do mérito do caso, mas sim dos motivos que ensejaram e justificaram a prática da “entrada franqueada”, dos argumentos que tendem a afastá-la, segundo os ditames constitucionais e legais do ordenamento jurídico pátrio, e do entendimento conclusivo a que chegou o Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento. Sendo assim, passemos aos argumentos proferidos pelo Ministro Relator Gilmar Mendes. Eis a ementa de acórdão referente ao caso narrado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a

constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

Pois bem. Primeiro ponto a ser destacado refere-se à negativa de provimento pelo entendimento de que havia fundadas razões para que houvesse a suspeita de flagrante de tráfico de drogas. Da atenta análise do voto relator, verifica-se que a entrada na residência do recorrente ocorreu de forma derivada de abordagem de terceiro, que foi encontrado com drogas, e apontou o domicílio daquele como lugar onde possivelmente haveria mais.

Interpretado pela Polícia Militar, bem como pela maioria dos ministros do STF, a indicação de onde haveria obtido os entorpecentes foi compreendida como suficiente para a alegação de que o recorrente estava em estado de flagrante. Compreende-se que em tal ponto haja uma extensão do que se tem como estado de flagrância. Surpreendido pela abordagem policial o corréu apontou o recorrente como fornecedor dos entorpecentes. Questiona-se: de que maneira tal adução pode ser compreendida como suficiente para assentir que o delatado, de fato, estava a cometer crime permanente e, portanto, restar em estado de flagrante?

Por que os agentes policiais não verificaram a veracidade das informações que lhes foram prestadas? Por que não requereram um mandado judicial, a fim de adentrarem lícitamente no domicílio? Ora, *in casu*, observa-se situação semelhante à das denúncias anônimas ensejadoras de flagrantes. Até o momento da abordagem em via pública do corréu, não haviam elementos informativos concretos a corroborar a arguição deste.

Compartilha-se, portanto, de mesmo entendimento consagrado em plenário, em voto divergente do Ministro Marco Aurélio que aduziu:

“E, então, em vez de se, como disse, bater na porta do Judiciário para pedir, como está no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, um mandado de busca e apreensão, os policiais resolveram invadir a casa e fazer essa busca e apreensão. Aí, sim, encontraram, em um carro que estava na garagem, uma porção de droga. Houve flagrante, Presidente? Não. Houve indicação e a capacidade intuitiva, a partir dessa indicação, de que o proprietário da casa teria drogas.”⁵³

Mais uma vez é necessário aduzir que as fundadas razões para a compreensão da existência de um flagrante não devem ser imaginativas ou suspeitas. É necessário que estejam postas de forma concreta, por meio de métodos investigativos coerentes, estratégicos e técnicos, e não arbitrários e eventuais como parecem ocorrer.

E se na residência não fossem encontradas as drogas? Bem, para tal questão, o entendimento final do julgado converge para a ideia de que os fundamentos para a legitimação da “entrada franqueada” podem ser dados *a posteriori*. Ora, vê-se que a tese proveniente do julgado acaba por praticar grave inversão.

Argumenta-se que para qualquer ato que seja concebido como exceção, sua ocorrência deve depender de fundamentos para sua realização não contrária a regra. Assim, em sendo a regra a inviolabilidade de domicílio, direito fundamental, e o flagrante delito medida excepcional que permite a mitigação do primeiro, para que este seja configurado é necessário que haja fundamentos a legitimar a prática em momento anterior. É plenamente incabível a ideia de que primeiro há violação de uma garantia constitucional para que depois se justifique o porquê do ocorrido.

No caso em comento, o fundamento posterior para justificar a “entrada franqueada” foi a constatação de que, de fato, havia entorpecentes no domicílio, o que deve ser abominado, pois a possibilidade de não ser atestado o crime existe, e aí estaríamos a permitir a flexibilização de garantias para o ensejo de meras arbitrariedades sem uma motivação idônea. O que se argumentou como fundadas razões para se acreditar que estava a ocorrer um crime permanente é, na verdade, a absorção de

⁵³STF. RE 603616. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 05/11/2015. Publicação: 10/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

elementos informativos frágeis, os quais manifestaram, por meio intuitivo, um potencial de verdade no que foi dito.

Assim, tem-se que de maneira alguma pode a “entrada franqueada” vigorar quando não houver indícios concretos e apenas suposições vazias, que poderiam ser melhor apuradas através de regrados critérios investigativos, sendo a entrada concedida em momento oportuno, por meio de mandado judicial de busca e apreensão, afinal de contas, é a função deste instituto.

Pois bem. Por mais que o RE nº 603616 tenha firmado tese, a qual discordamos, e tenha repercutido nas mais diversas decisões pelo país, servindo de precedente para que precárias concepções vigorassem como base para a constatação de flagrantes, uma atual decisão aponta para um caminho em conformidade com a Constituição. Trata-se do HC 138.565, em que foi Relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

No caso em questão, que ocorreu na cidade de Americana, estado de São Paulo, policiais militares realizavam diligências no local, quando se depararam com indivíduo que supostamente estaria filmando a ação dos agentes. Estes, por conseguinte, abordaram o sujeito e em sequência seguiram para residência do potencial “suspeito”, a fim de realizar buscas, quando, de fato, encontraram drogas e obtiveram o que chamaram de flagrante.⁵⁴

Verifica-se mais uma vez a existência de arbitrariedades pautadas em concepções genéricas e de caráter subjetivo sobre o que seria conduta criminosa. *In casu*, não há nada que interligue a ação do indivíduo com o crime de tráfico de drogas! Não há fundadas razões a embasar indícios de que estavam frente a um flagrante, nem mesmo elementos informativos frágeis que provocasse a uma mera intuição.

Com efeito, acabaram por decidir a segunda turma do Supremo Tribunal Federal que “*policia! só pode entrar na casa de alguém se tiver mandado judicial de busca e apreensão ou se houver fundadas razões de que ocorre flagrante delito no*

⁵⁴STF. HC 138565 / SP. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 18/04/2017. Publicação: 03/08/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma.

local.” Tal entendimento é uma resposta direta às frequentes práticas conhecidas como “entradas franqueadas”, e também aplica-se adequadamente em face da decisão e tese anteriormente tratada.

Não pode o processo penal existir tendo como único fim a persecução penal. O sistema que o envolve está antes de tudo sujeito às garantias constitucionais que vigoram com o fim de limitar a atividade do poder punitivo estatal. Neste ponto, arbitrariedades que instrumentalizam conceitos como “crime permanente” e “flagrante delito” devem ser severamente combatidas para que deturpações não superem o que constitui como direito fundamental.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que o proibicionismo como fenômeno alcançou intensamente o âmbito político, social e econômico de uma maneira global. As opressões que já eram dirigidas a determinados grupos devido a interesses mercantis e à corrida imperialista acabaram por encontrar no controle dos entorpecentes um meio de intensificar a marginalização daqueles.

A criminalização do comércio e consumo o de drogas, portanto, como produto de históricas relações de poder, que muitas vezes são tidas como superadas, mas que na verdade remanescem com fervor, é revestida por um discurso de verdade que condena não as substâncias em si, mas o consumo à medida que haja interesses elitistas de cunho econômico e moral sobre a proibição.

Os fundamentos que levaram à criminalização do comércio e uso de entorpecentes possuíam como pano de fundo uma sociedade com traços de extremo conservadorismo e rejeição de costumes estrangeiros. As consequências geradas foram o crescimento da desigualdade econômica e social com a marginalização e criação de estigmas dos grupos em situação de vulnerabilidade, que persiste na contemporaneidade na observação de abordagens policiais motivadas por concepções prévias que não dizem respeito algum à possível conduta criminosa, mas sim à cor e classe social.

Segundo os últimos dados levantados pelo INFOPEN, e divulgados no dia 25/04/2016 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, cerca de 28% da população carcerária brasileira são condenados por crime de tráfico de drogas, destacando-se que tal delito é o que atualmente mais motiva a prisão de mulheres brasileiras, a qual cresce em média 10,7% ao ano. Conforme o relatório, 64% da população feminina em cárcere se deve a condenação por tráfico de drogas.⁵⁵

Diante de tais números, encontra-se na política criminal adotada, especialmente quando tratamos dos crimes dispostos na Lei de nº 11.343/2006, um aparato processual penal instrumentalizado para o que se tem em concreto como “guerra às drogas”. Nesse sentido, tem-se a “entrada franqueada” como um dos institutos mais comumente utilizados como meio de prova no que se refere à apreensão de

⁵⁵ Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN – Dezembro 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em: 12/06/2016.

entorpecentes, de maneira que este passa a ser tratado como um paradigma que representa a incessante perseguição ao material ilícito, permitindo-se que o próprio Estado torne-se agente violador de seus próprios princípios constitucionais, como a inviolabilidade de domicílio.

Teses vencedoras como a concebida pelo Recurso Extraordinário nº 603616 denunciam o caráter instrumental de argumentos favoráveis ao momento punitivista que a sociedade está vivendo. Não é admissível que o Estado ao realizar operações policiais possa praticar ilegalidades sob o crivo da segurança pública, por meio do combate ao tráfico de drogas. O combate à criminalidade, pelo contrário, para ser coerente com o que é ordenador, deve ser cumprido sob o manto da legalidade.

Não há espaço em um ordenamento jurídico como o nosso, com pretensões de ser tido como um Estado Democrático de Direito em que vigore o sistema acusatório como ponto norteador dos ditames processuais penais, a ideia de dispensabilidade de regras garantistas previstas em lei. A “entrada franqueada” acaba por se colocar automaticamente como dispositivo remanescente de práticas de cunho antidemocrático, ignorando assim, garantias que sustentam a sistemática constitucional, própria de um estado de direito.

Tratar a “entrada franqueada” como instrumento possível é ignorar os ditames constitucionais a fim de se obter resultados como sinônimo de eficácia. Tal lógica é um prisma maquiavélico a ser combatido. Não há dúvidas que a política criminal vigente vem sendo estabelecida por meio da ideia de que “os fins justificam os meios”, ideia que apenas assevera o punitivismo já existente, ignorando todas as garantias e conquistas que sustentam a Constituição. Os excessos do poder punitivo estatal precisam ser coibidos, só assim poderemos falar, de fato, no ideal de livre Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Martins Fontes: São Paulo: 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. *Breve análise do histórico da prova penal*. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/Artigo%20-%20Breve%20anlise%20do%20historico%20da%20prova%20penal.pdf>> Link internet breve analise do histórico da prova penal> Acesso em: 20/08/2017.

AMARAL, Cláudio. *Inviolabilidade de 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>> Acesso em: 07/08/2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva*. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, edição 4, Mar/Abr, 2009.

BALDIN, Stenio Augusto Vasques; CORRÊA, Lygia Aparecida das Graças Gonçalves. *Prova: dos primórdios a atualidade*. Pensar Direito, Unilago.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho precesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BOITEUX, Luciana. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. VARGAS, Beatriz. BATISTA, Vanessa Oliveira. PRADO, Geraldo L. Mascarenhas. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Série Pensando o Direito: Tráfico de Drogas e Constituição*. Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos FND/UFRJ, grupo de pesquisa da universidade de Brasília/UNB, Rio de Janeiro/Brasília, Nº 1/2009, julho/2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf> Acesso em: 15/03/2016.

BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Alexandre Victor de; MACHADO, Gabriela Mendes; SOUZA, Tiago de Brito. *A alarmante relativização das garantias constitucionais: crime permanente e prisão em flagrante*.

Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-alarmante-relativizacao-das-garantias-constitucionais-crime-permanente-e-prisao-em-flagrante>> Acesso em: 14/10/2017.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Crítica Jurídica, v-25, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Brasília a. 46 n. 183 julho/set 2009.

DELMANTO, Julio. *Camaradas Caretas. Drogas e esquerda no Brasil*. 1º Ed. São Paulo: Alameda, 2015.

DIETER, Vitor Stegemann. *A política penal de drogas proibidas nos EUA e Brasil uma breve introdução histórica*. Direito e Práxis, vol. 02, n. 01, 2011.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, v. 3. 21. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1999.

IORE, Mauricio. *Uso de “drogas”: controvérsias médicas e debate público*. Campinas: Mercado de Letras; Fapesp, 2007.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 7 – Dezembro/2005.

HANSEN, Gilvan Luiz, et al. *A Tradição Inquisitorial Brasileira. Confluências*, vol. 13, n. 2 – Niterói: PPGSD-UFF, novembro de 2012

JESUS, Maria Gorete Marques de; HILDEBRANDO, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Recurso Eletrônico. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/2>>

011.12.20_Pris%C3%A3o%20Provis%C3%B3ria%20e%20Lei%20de%20Drogas%20%E2%80%93%20Um%20estudo%20sobre%20os%20flagrantes%20de%20tr%C3%A1fico%20de%20drogas%20na%20cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf> Acesso em: 15/03/2017.

KARAM, Maria Lúcia. “*A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*”.IN; LABATE, Beatriz; GOULART, Sandra *et al* (orgs). *Drogas e cultura* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Ed. São Paulo: saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª Ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2005.

PITOMBO, Cleunice. A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. ed. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RANGEL Paulo. *Direito processual penal / Paulo Rangel*. - 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas na América*. São Paulo: Educ, Fapesp, 2004.

ROSA, Alexandre Moraes. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>> Acesso em: 07/09/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, Outubro/2009.

SINHORETTO, Jacqueline, *et al.* *A filtragem policial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações sociais*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume5/filtragem_racial_selecao_policial_suspeitos.pdf> Acesso em: 14/10 /2017.

STF. HC 106664 / SP. Relator(a): Min. Celso De Mello. Data de Julgamento: 27/08/2013; Publicação: 30/10/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma.

STF. HC 138565 / SP. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 18/04/2017. Publicação: 03/08/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma.

STF. RE 603616. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 05/11/2015. Publicação: 10/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

TJRS. ApCrim nº 70058172628. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Terceira Câmara Criminal. Data de Julgamento: 15/05/2014. Publicação: 24/06/2014.

ZANON, Raphael; DECARLI, Rodolfo Luiz. *Denúncia Anônima e a Violação de Domicílio à Luz do RE 603.316/RO do STF*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40561/denuncia-anonima-e-a-violacao-de-domicilio-a-luz-do-re-603-316-ro-do-stf>> Acesso em: 10/10/2017.