



CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI

CESREI FACULDADE

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ALEXANDRE AIRTON ALMEIDA AGRA

**TRAFICO DE DROGAS E PROCESSO INVESTIGATIVO: OBTENÇÃO DE
PROVA ATRAVÉS DA INVASÃO DOMICILIAR E SUA LEGALIDADE**

Campina Grande – PB

2022

ALEXANDRE AIRTON ALMEIDA AGRA

**TRAFICO DE DROGAS E PROCESSO INVESTIGATIVO: OBTENÇÃO DE
PROVA ATRAVÉS DA INVASÃO DOMICILIAR E SUA LEGALIDADE**

Trabalho Monográfico apresentado à
coordenação do Curso de Direito do Centro de
Ensino Superior Ltda, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes

Campina Grande – PB
2022

A277t

Agra, Alexandre Airton Almeida.

Trafico de drogas e processo investigativo: obtenção de prova através da invasão domiciliar e sua legalidade / Alexandre Airton Almeida Agra. – Campina Grande, 2022.

44 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Educação Superior Cesrei Ltda., Cesrei Faculdade, 2022.

"Orientação: Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes".

1. Trafico de Drogas. 2. Provas. 3. Processo de Investigação.
4. Invasão Domiciliar. I. Gomes, Valdeci Feliciano. II. Título.

CDU 343.575(043)

ALEXANDRE AIRTON ALMEIDA AGRA

**TRAFICO DE DROGAS E PROCESSO INVESTIGATIVO: OBTENÇÃO DE
PROVA ATRAVÉS DA INVASÃO DOMICILIAR E SUA LEGALIDADE**

Aprovado em: _____ dezembro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me Valdeci Feliciano Gomes
Centro de Ensino Superior Ltda
(Orientador)

Prof. Esp. Wendley Steffan Ferreira dos Santos
Centro de Ensino Superior Ltda
(1º examinador)

Prof. Me. Camilo Lélis Diniz de Farias
Centro de Ensino Superior Ltda
(2º examinador)

Deus, só.

AGRADECIMENTOS

RESUMO

O tráfico de entorpecentes e sua evolução desencadeiam talvez os maiores problemas relacionados a criminalidade no território nacional, por força da quantidade de agentes envolvidos nas práticas delituosas e condutas criminosas. O processo investigativo relacionado ao tráfico de drogas possui alta complexidade e inúmeros meios de obtenção de prova. A definição dos agentes e suas condutas são de fundamental importância para construção investigativa e acusatória por meio dos instrumentos acusatórios policiais. Neste ponto é tratada a invasão domiciliar como principal meio de obtenção de provas, tendo em vista o alto grau de incidência de armazenamento das drogas traficadas. A ilicitude desta invasão apesar de muito questionada não é completamente justificada. Com base nesta premissa analisamos a validade e licitude da conduta de invasão domiciliar como meio de obtenção de prova para apuração do crime de tráfico de drogas.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Provas. Investigação. Invasão Domiciliar.

ABSTRACT

Trafficking in narcotics and its evolution trigger perhaps the biggest problems related to crime in the national territory, due to the number of agents involved in criminal practices and criminal conduct. The investigative process related to drug trafficking is highly complex and has numerous means of obtaining evidence. The definition of agents and their conduct are of fundamental importance for investigative and accusatory construction through police accusatory instruments. At this point, home invasion is treated as the main means of obtaining evidence, in view of the high incidence of storage of trafficked drugs. The illegality of this invasion, although much questioned, is not completely justified. Based on this premise, we analyzed the validity and legality of home invasion conduct as a means of obtaining evidence for the investigation of the crime of drug trafficking.

Keywords: Drug trafficking. Investigation. Evidence. Home Invasion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1O TRÁFICO DE DROGAS: PROCESSO HISTÓRICO E A ORIGEM DO NARCOTRÁFICO NO BRASIL.....	13
1.1 Origem histórica e social do Tráfico de Entorpecentes	13
1.2 A origem do Narcotráfico no Brasil	15
2A POLÍTICA ANTI DROGAS NO BRASIL E A PROMULGAÇÃO DA LEI ESPECÍFICA.....	17
2.1 Evolução da Legislação de Drogas no Brasil	17
2.2 A política de Repressão	19
3 A INVASÃO DOMICILIAR PELA ÓTICA CONSTITUCIONAL E PENAL	22
3.1 A garantia Constitucional da Inviolabilidade de Domicílio.....	22
3.2 O crime de Violação de Domicílio.....	25
4O PROCESSO INVESTIGATIVO, PROVAS E O USO DE PROVAS ILÍCITAS	30
4.1 Métodos de investigação no âmbito da Lei 11.343/06.....	30
4.1.1 Procedimento em casos de posse de drogas para consumo pessoal	30
4.1.2 Do procedimento em caso de crime de Tráfico de Drogas	31
4.2 Provas Ilícitas e seu Regramento.....	32
4.2.1 A prova Ilícita.....	34
5 TRÁFICO DE DROGAS E INVASÃO DOMICILIAR, DA INVIOLABILIDADE AO USO DA INVASÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	37
5.1 Consequências do enquadramento do tráfico de drogas como crime permanente	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a evolução do tráfico ilícito de entorpecentes em todo o território nacional, bem como a evolução dos procedimentos investigativos no decorrer das investigações preliminares e na obtenção de provas exemplificado pela invasão domiciliar como meio de obtenção de provas.

Preliminarmente, necessário se faz averiguar, que o referido tema escolhido tem por fundamento, por meio de pesquisas bibliográficas bem como a ocorrência dos casos concretos. Para a compreensão do tema, é necessário se debruçar sobre o arcabouço legal, seja ele constitucional ou infraconstitucional analisando o código penal e código de processo penal, que visa delimitar desde as substâncias consideradas ilícitas, como em relação as suas quantidades e todos os agente participam das organizações criminosas envolvidas com o tráfico.

Compreende-se doutrinária e jurisprudencialmente e também diante da observação dos casos concretos, que o tráfico de drogas vai mais além do que a simples transferência de posse dos ilícitos, mas também se refere a um conjunto de atribuições, desde a preparação até a entrega, onde cada agente tem suas condutas específicas.

Então, através da exemplificação e definição clara de conceitos básicos, será construído o nexos causal, da ocorrência do crime, até a elucidação dos casos.

O presente estudo tem como escopo a realização da análise das mais variadas formas das organizações criminosas voltadas ao tráfico e sua dialética com as investigações policiais que buscam desmanchar tais organizações, e entender como o tráfico de drogas torna-se também um problema social dos mais variados aspectos, como moradia, saúde pública, restrição de saneamento básico. Será realizado um estudo sobre o Direito Constitucional vinculado aos instrumentos penais, voltada para o dano causado a toda a sociedade das mais variadas formas.

Vale ressaltar ainda a busca pela responsabilização dos agentes envolvidos nas organizações criminosas voltadas para o tráfico, de acordo com a medida da sua culpabilidade com isso, trazendo ainda a esta discussão, quais os meios de investigação serão mais eficientes para elucidação dos casos e repressão ao tráfico de drogas e a licitude dos meios de obtenção de prova.

Elencar e analisar as possibilidades e ferramentas trazidas no processo de investigação a partir de sua evolução na perspectiva de estabelecer parâmetros que permitam traçar um corpo ideológico eficiente e que possa delimitar de forma clara as condutas dos mais variados agentes do tráfico, permitindo assim que os processos investigativos possam ser não só repressivos, mas preventivos são objetivos deste trabalho. Analisando quais os meios de obtenção de provas são capazes de alcançar maior eficiência e sua licitude com base no exemplo citado.

O estudo apresentará os elementos conceituais do inquérito policial, processo penal, atribuição de culpabilidade, seguindo-se pelos elementos que compõe as condutas que se enquadram como tráfico de entorpecentes, bem como estabelecer e reafirmar os parâmetros utilizados para obtenção de resultados e condenação dos réus desestruturando as organizações criminosas.

A presente pesquisa se justifica pela importância de analisar as consequências trazidas pelo tráfico não só enquanto crime, mas também como mal social, e como as investigações policiais podem evoluir na repressão e prevenção do tráfico de drogas, desfazendo seus elos e alcançando os mais altos níveis das organizações criminosas.

O tráfico de drogas, é composto pelo conjunto de ações e omissões causadas por uma quantidade complexa de agentes que variam de acordo com cada organização, área e forma de atuação.

O processo investigativo também possuindo suas complexidades vai muito além das apreensões e elucidação dos casos, tendo em vista não ser um mero procedimento e que geralmente envolve alta gama de pessoal e informações. Devendo a legislação ampará-lo e permitir maior celeridade nos procedimentos e permissões, resguardando-se as proteções constitucionais e infralegais dos indivíduos.

Com fundamento em toda a legislação vigente no Estado democrático de Direito, esta pesquisa traz a discussão a importância da regulamentação e apoio aos processos e agentes investigativos, buscando evitar o avanço das organizações criminosas o apoio devido ao processo de investigação policial e processual

Esta pesquisa vê-se de grande importância ante os reflexos negativos trazidos pelo tráfico de drogas que em sua grande maioria desencadeia o cometimento de vários outros crimes.

O trabalho apresentado é um estudo prático teórico relacionado ao tráfico de drogas e sua complexa formação visando estabelecer como os novos processos investigativos são capazes de desarticular as organizações criminosas voltadas ao tráfico a nível nacional e internacional.

No entanto, insta observar que se trata em verdade de uma pesquisa teórica e bibliográfica, tendo em vista a natureza sigilosa de informações tornaria prejudicial quaisquer desenvolvimentos das investigações. Alguns temas serão abordados neste trabalho, como: origem do tráfico de drogas, organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas em todos os seus aspectos, polícia investigativa e seus procedimentos.

As substâncias elencadas como drogas possuem os mais diversos e variados efeitos, sendo impreciso buscar elencar todos estes efeitos. Rosa Del Olmo (1990. p 22) afirma que:

A droga possui uma face oculta que a transforma em mito. Afirma a autora que a grande divulgação de informações distorcidas levou a uma confusão entre conceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, o que contribui para que o conceito de droga se associasse a ideia de desconhecido, proibido, temido e responsável por todos os males que afligem a sociedade contemporânea. Qualquer limitação do quanto são prejudiciais.

Vê-se assim que tais conceitos, mesmo surgindo há muitos anos possuem em si a contemporaneidade necessária para o entendimento do tema.

Noutro flanco, é com base na processualística processual penal e o deslinde dos meios investigativos e sua evolução durante os anos, que tem sido possível alcançar os resultados almejados, quais sejam, a desarticulação das organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas, bem como a condenação dos seus agentes de acordo com a sua culpabilidade.

Neste trabalho, o método de pesquisa a ser utilizado será o qualitativo, de modo que se usará de um processo de análise de informações levando o leitor a uma dada conclusão, levando-o então ao oferecimento de novos conhecimentos e posições no que se refere ao tema em comento. De acordo com Richardson:

Os estudos que empregam uma metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais, contribuir no processo de mudança de determinado grupo e possibilitar, em maior nível de profundidade, o entendimento das particularidades dos comportamentos dos indivíduos. (RICHARDSON 1999, p. 80).

O trabalho será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, bem como através de pesquisas documentais, contendo conceitos analisados a partir da leitura de diversas doutrinas, majoritárias ou não para que assim o leitor possa observar diferentes pontos de vista, sempre cercado de fundamentações sólidas. Serão usadas Doutrinas consagradas do Direito Penal e Processual Penal, bem como da Constituição Federal.

Quanto aos seus procedimentos técnicos, segundo Gil (2002) uma pesquisa, pode ser classificada em bibliográfica quando se desenvolve baseada em material já elaborado. Marconi e Lakatos definem como pesquisa bibliográfica:

Levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, para o levantamento, análise e estudo de informações referentes ao objeto pesquisado” (MARCONI e LAKATOS, 2001).

Quanto as técnicas de Pesquisa utilizadas, no que tange a sua natureza básica este feito busca de início responder questionamentos com intuito de ampliar os conhecimentos. Tendo então por objetivo responder aos questionamentos acerca de como realmente funciona o tráfico ilícito de entorpecentes e como se dão os processos investigativos.

Também será utilizado o método de pesquisa descritiva, com o intuito de analisar e trazer a academia, as possíveis melhorias que possam surgir para a efetivação destes direitos.

A pesquisa descritiva tem como objetivo primordial a descrição das características de determinadas populações ou fenômenos. Uma de suas características está na utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados, tais como o questionário e a observação sistemática. Destaca-se também na pesquisa descritiva a descrição das características de um processo numa organização. (GIL, 2002).

É sabido que a pesquisa científica deve ser motivada por a curiosidade e suas descobertas deverão ser publicadas e divulgadas em toda a sociedade, trazendo assim a pauta o debate e esclarecimentos para um melhor convívio social.

O método de abordagem. Segundo Garcia:

O método representa um procedimento racional e ordenado (forma de pensar), constituído por instrumentos básicos, que implica utilizar a reflexão e a experimentação, para proceder ao longo do *caminho* (significado etimológico de método) e alcançar os objetivos preestabelecidos no planejamento da pesquisa (projeto). (GARCIA, 1998, p. 44).

Considera-se que o método é um encadeamento de ações que tem por finalidade responder o problema e os objetivos definidos neste projeto. Para a sua efetivação foi empregado um conjunto lógico de procedimentos dentro dos preceitos científicos de produção de conhecimento.

Por fim, quanto ao procedimento utilizado, faremos uso da técnica de pesquisa Bibliográfica e de campo, usando também acerca dos estudos já realizados acerca do tema, possibilitando então a inovação no que tange ao entendimento que vem sendo discutido.

1 O TRÁFICO DE DROGAS: PROCESSO HISTÓRICO E A ORIGEM DO NARCOTRÁFICO NO BRASIL

1.1 Origem histórica e social do Tráfico de Entorpecentes

O fenômeno social e problemático que hoje conhecemos como o tráfico ilícito de entorpecentes, não é novo em termos mundiais e o interesse humano voltado para as substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica não é de hoje, remontando para tempos longínquos da humanidade.

À medida em que os seres humanos foram dominando o uso de plantas para alimentação e medicina, seus diversos efeitos diretos e indiretos também foram sendo descobertos e organizados, a partir da observação dos seus efeitos, começou a se considerar a divindade das plantas, isto é, trazendo a ideia de que se tratavam em verde de mensagens divinas, enviadas diretamente dos deuses sendo até hoje atribuído em algumas comunidades o sentimento religioso.

Com as transformações tecnológicas e científicas do ser humano, iniciadas nos primeiros impérios do Egito e Mesopotâmia, passando por Grécia, Roma, Europa Medieval e por último no início do capitalismo, revolução industrial e científica, também na Europa, passamos pela contínua separação entre **homem/natureza, homem/religião e indivíduo/coletivo**. As relações atribuídas ao desenvolvimento são próprias do sistema capitalista, remontando a ideia de produto e compra e venda. Beleza, sexo, violência e prazeres. As pessoas cada vez mais fazem dessas fugas da realidade, o sentido da humanidade, os deixando cada vez mais perto da animalidade, tratando-se assim como uma felicidade simples e irreal.

A busca excessiva por prazeres, distração, diversão, ociosidade perante um mundo que sempre impõe, de um lado, as guerras cotidianas de sobrevivência das classes desfavorecidas e, do outro, a monotonia do conforto

proporcionado pelas boas condições financeiras dos indivíduos, dão um novo sentido ao uso de drogas.

O tráfico de drogas teve início quando, ao voltar de suas viagens ao Norte do Oriente, Marco Polo narrou a história do “Velho das Montanhas”, onde nos dias hodiernos seria o Irã e o Iraque. O uso de tais drogas não era para efeito de conter os vícios, mas tinha majoritariamente o fim medicinal, fazendo com que as drogas fossem também usadas como remédios.

É neste contexto, que a droga ultrapassa seu lado de uso de ritual e passa a ser utilizada como fonte alucinógena de prazer, sempre proporcionado por alterações psíquicas de alteração de consciência.

No entanto, é a partir deste contexto que a droga se torna também um grande produto do capitalismo, produto este lícito ou ilícito, tomando por base a atual legislação que não criminaliza o uso de álcool e tabaco por exemplo.

Movimentos artístico-culturais, como o Híppie das décadas de 50 e 60, trazem para o Brasil a popularização do uso da droga. Num contexto histórico mundial de guerras, violências, ditaduras e censuras ideológicas que permeiam o séc. XX, a utilização de drogas, como maconha, LSD, cocaína e outros, traz para as pessoas um sentido de libertação. Protesto. De busca e transformação no sentido das coisas. O Woodstock é o evento que marca esse movimento. Nele “sexo, drogas e rock'nroll” se misturam a “Paz e Amor”. Uma grande parcela da classe média brasileira adere e divulga esse movimento em todas as suas instâncias: música, moda, cabelo, ideologia e drogas.

Como toda a história segue padrões inclusive geográficos, a questão das drogas nas Américas acontece posteriormente ao desenvolvimento Europeu, e se relaciona diretamente com o desenvolvimento econômico e interfere diretamente no desenvolvimento das nações. Das lições do autor Thiago Rodrigues, extrai-se que:

O primeiro país latino-americano a entrar na contemporânea economia das drogas foi o México, cujas organizações narcotraficantes foram as principais abastecedoras da contracultura norte-americana, fornecendo maconha, outros alucinógenos naturais cuja demanda crescera, como o peyote e cogumelos de

variadas espécies – e, em menor medida, heropina, produzida a partir de campos de papoula cultivados no país". (RODRIGUES,2017, p.177)

É assim que em meados da década de 1960, a maior parte da maconha que era então consumida pelos Estados Unidos da América, já era produzida no próprio território norte-americano, principalmente na região Centro-Oeste dos Estados Unidos, com seus vários campos desertos. O restante da droga era de origem do México e do Sudeste Asiático, sendo que a maioria da heroína era proveniente do Vietnã. As drogas então consideradas sintéticas, como o LSD e a mescalina (produzida através do peyote) eram produzidas clandestinamente em laboratórios caseiros nos Estados Unidos.

1.2 A origem do Narcotráfico no Brasil

No Brasil, os primeiros carregamentos de drogas que hoje são consideradas ilícitas chegaram através dos primeiros escravos africanos, trazendo consigo os primeiros exemplares de maconha. Porém, quem realmente introduziu as drogas no território brasileiro foram os portugueses, por meio de suas caravelas que necessitavam de cordas, cabos, velas e materiais de vedação dos barcos, que possuíam em grande quantidade do seu material as fibras da cannabis, fazendo com que as matérias primas chegassem ao Brasil e tivessem seu destino real aplicado.

Por ter proporções continentais, o Brasil de pronto foi visto como o lugar ideal para o desenvolvimento do narcotráfico. Fiscalizar o narcotráfico no Brasil sempre foi tarefa difícil por conta das imensas fronteiras e áreas de difícil acesso. Este é um país que faz fronteira com vários países, sendo três deles produtores de cocaína (Bolívia, Peru e Colômbia), e além destes o Paraguai, que produz maconha e cocaína em menor quantidade. A cocaína e a heroína colombianas que tinham como destino a Europa passaram pelo Brasil.

Em meados dos anos 80 o comando vermelho conseguiu a conquista da distribuição de drogas na cidade do Rio de Janeiro, assim iniciou uma guerra entre as favelas devido às drogas. A primeira grande disputa

ocorreu em 1987, no Morro da Dona Marta, ao lado do bairro nobre do Botafogo. Estratégias como as de não delatar, ser discreto, respeitar a comunidade e, principalmente respeitar a união entre os membros, foram pregadas pelos membros das facções que garantiram seu poder nas favelas.

Como veremos no decorrer deste trabalho, em todas as facções hoje existente, observam-se traços dessa influência doutrinária dos costumes do tráfico, que causam as maiores dificuldades de elucidação de tais crimes e de suas técnicas de distribuição e comercialização de drogas.

É então a partir de tais conceitos e observações, que veremos o desenvolvimento legislativo que culminou na lei específica de combate as drogas e o seu trafico, bem como no desenvolvimento dos processos de investigação para o combate das drogas.

Veremos a partir daqui os traços principais para a elucidação destes crimes e o desmanche das organizações criminosas voltadas para o tráfico, analisando o processo investigativo a que se destina.

2 A POLÍTICA ANTI DROGAS NO BRASIL E A PROMULGAÇÃO DA LEI ESPECÍFICA

Neste capítulo, desenvolveremos o raciocínio e seguimos a linha histórica especificamente em relação a Lei de Drogas no Brasil. Serão abordadas as suas origens, bem como será avaliada a evolução e suas alternâncias até a realidade atual.

2.1 Evolução da Legislação de Drogas no Brasil

Primordialmente, se faz necessário observar e esclarecer que até o Século XIX o Brasil não possuía nenhuma política específica sobre drogas e suas implicações, no entanto tais entorpecentes já eram consumidas em grandes quantidades sobretudo por jovens burgueses. Porém em 1911, já não restavam mais saídas para tal omissão devido ao vultoso crescimento no uso e tráfico de cocaína e ópio.

Foi assim que se iniciou uma primeira tentativa de controle, entretanto o consumo já havia disseminado em boa parte do território nacional e entre todos os povos, sobretudo imigrantes o que só assim impulsionou o governo para que iniciasse a política de combate de drogas no país.

Após a onda de tóxicos que invadiu o país em 1914, os dispositivos já existentes não eram mais tão eficientes, foi assim que diante de tal problemática foi publicado o decreto nº 4.294 de 1921 que foi momentos depois regulamentado pelo Decreto nº 14.969 que prevê como primeira medida diretamente combativa em seu texto a internação compulsória do usuário em ambiente destinado para essa finalidade.

A busca pela repressão exagerada, fez com que o Estado buscasse apenas as proibições e não os tratamentos. Assim a maconha foi proibida em 1930, e em 1933 ocorreram as primeiras prisões por uso de drogas. A partir dos anos 30 então, o uso e tráfico de drogas já avançavam numa velocidade

extraordinária em todo o território brasileiro, desde os grandes centros até as comunidades mais isoladas.

Após a série de fracassos sucessivos no combate as drogas, no ano de 1940 foi publicado um novo Código Penal Brasileiro, que fixou normas repressivas gerais para o cultivo de plantas e entorpecentes e para transformação, extração e purificação de seus princípios terapêuticos. No entanto diversas vezes mudado buscando dominar a esfera punitiva e exercitar a real efetividade do regulamento, acarretando alteração em 1964 com a Lei nº 4.451, que acrescentou ao tipo penal a ação de “plantar”.

Por muito tempo sequer se fez no Brasil a distinção das figuras do usuário e traficantes de entorpecentes. A criminalização já estava prevista no artigo 281 do Código Penal, e segundo o STF a norma penal não criminalizava o consumo de drogas, apenas o tráfico. Apenas em 1968 foi alterado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas. Essa modificação colocou fim ao entendimento jurisprudencial que naquele tempo não entendia ser crime o uso de drogas.

A criminalização do consumo de drogas foi uma imposição do período ditatorial que tornou o uso tão grave quanto ao tráfico de drogas, que até 1968 só criminalizava os traficantes. Em 1971, com a promulgação da Lei 5.796 que já em seu primeiro artigo esboçava preocupação com o tráfico como sendo um dever de todos, com a necessidade de urgência na colaboração da delação. Os traficantes se anexavam ao inimigo interno, quando jovens sucumbiam ao cancelamento de matrícula escolar e ainda eram incentivados a delatar outros envolvidos com entorpecentes.

Com a promulgação da Lei 5.796, o Brasil acolhe a orientação internacional no que diz respeito às legislações antidrogas, e passa a diferenciar usuários e traficantes, com até 6 anos de pena privativa de liberdade e trouxe tipificação da quadrilha composta por dois membros. Nesse contexto, foi se moldando uma política criminal bélica (Danielli Xavier de Freitas, 2014).

E com base nele baixou a Lei 6.368/1976, que separou as figuras penais dos usuários e traficantes, além disso a lei fixou a necessidade do laudo toxicológico para comprovar o uso.

2.2 A política de Repressão

De acordo com as lições de Salo de Carvalho (2014, p.74) com a criação da Lei nº 6.368 de 1976 possibilitou um aumento elevado nas tipificações de tráfico de drogas, retirou o termo de combate do primeiro dispositivo legal e o substituiu por prevenção e repressão. Fez distinção das figuras do traficante e do usuário, especialmente no que tange as penas, nesse sentido as penas poderiam variar de 3 a 15 anos de reclusão e multa para o tráfico e de detenção de 6 a 2 anos e multa para o uso. Retirou o trancamento da matrícula dos usuários.

Com a promulgação da Constituição em 1988, que determina o tráfico de drogas como inafiançável e sem anistia, como forma de extinguir a punibilidade. Já com o surgimento da lei de crimes hediondos, foram proibidos o indulto e a liberdade provisória para o crime de tráfico e foram ainda dobrados os prazos processuais, com a busca por aumentar a duração da prisão provisória.

É assim que se observa que o que inicialmente era tratado como problema apenas de saúde pública, neste ponto passa a ser observado como um real problema de segurança e criminalidade, fazendo com que as próprias políticas públicas de saúde passem a ser mais escassas

Momento posterior, mais precisamente no ano de 1991, o Congresso brasileiro aprovou a Convenção de Viena que reforçou o viés punitivo, o que acabou acarretando em meados da década de 90, fundasse o PANAD (Programa de Ação Nacional Antidrogas) e SENAD (Secretaria Nacional Antidrogas), a partir daí surgiram as grandes críticas no que se referia a possibilidade de impunidade e à dificuldade de repressão, foi então a partir daí que a militarização se tornou o novo paradigma na política criminal de drogas.

A militarização ideológica de segurança aproximou das drogas a ideia de que se tinha em verdade um inimigo, que deveria ser destruído a todo custo. No entanto, sempre se observou uma clara dialética na aplicação dos meios repressivos, aos jovens consumidores de classes sociais mais altas, aplica-se o paradigma medicinal, enquanto aos jovens vendedores de classes sociais mais baixas aplicam-se o paradigma criminal. Não incidem os direitos dos cidadãos, pois os traficantes são uma categoria à parte, mais até do que inimigos. São o símbolo do mal que servem como bode expiatório.

Observando a presença de várias questões que jamais conseguiram ser abarcadas e sua totalizado, no ano de 2006 surge a lei de nº 11.343, tornando a legislação pátria mais receptiva a modelos de intervenção para saúde, que se encontrava em um momento social e político mais favorável para surgir dentro de um modelo mais preventivo, conforme passamos a analisar.

2.3 A Lei nº 11.343/2006

Fruto de uma verdadeira união de forças, devido a necessidade de apresentar uma versão final para o que viria a ser a nova lei de Drogas, formado por vários técnicos de diversos setores do Poder Legislativo e Executivo, através de uma criação de um grupo de trabalho destinado especificamente a este fim, a naquele tempo nova Lei de Drogas, busca trazer além de multidisciplinariedade a junção de vários setores de conhecimento, inclusive saúde pública, como ponto principal do seu desenvolvimento.

O Projeto de Lei nº 7.134/2002 teve um caminho longo e tormentoso até se tornar a Lei nº 11.343/2006. De um lado a perspectiva e ambição em uma abordagem mais contemporânea e detalhada, constituindo políticas públicas modernas e até então consideradas atuais com análise e disseminação de informações sobre drogas, porém não estabeleceu critérios objetivos capazes de distinguir usuário e traficante, delegando assim tal função ao legislador, aplicador do Direito, dando margens a distorções e, por consequência, injustiças.

Partindo do pressuposto que o uso de drogas ultrapassa a questão criminal e alcança o viés de saúde pública demonstra a clara e nítida preocupação com a reintegração social de usuários e dependentes químicos. O

traficante é causado como “caso de polícia”, sendo alvo de sanções desproporcionais, arbitrárias de desconectadas da realidade, por outro lado o usuário era tratado como um problema médico.

Daí em seu artigo 28, surge um dos maiores avanços legislativos possível, a Lei deixou de punir com pena privativa de liberdade o usuário, impondo diversas medidas alternativas que mais se assemelham a medidas de cunho administrativo do que penal. Mudança esta que em seu artigo anterior apenava com 6 a 2 anos e multa para aquele que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para uso próprio, substâncias legalmente classificadas como drogas.

É ainda de considerável importância observar que o legislador foi feliz quando, no qual diz que a quantidade da droga, por si só não é determinada como único elemento a ser considerado para classificar a conduta do crime porte ilegal de drogas para consumo pessoal ou tráfico, já que todos elementos descritos neste parágrafo serão analisados em conjunto, tal bem como a natureza, local, circunstâncias sociais e pessoais, condições em que se desenvolveu a ação, bem também como a conduta e os antecedentes dos agentes.

É então com base neste esboço inicial e válido para o objeto do nosso estudo que passaremos a analisar o processo investigativo e suas técnicas e meios de apuração de fatos, no desmanche das organizações criminosas.

3 A INVASÃO DOMICILIAR PELA ÓTICA CONSTITUCIONAL E PENAL

3.1 A garantia Constitucional da Inviolabilidade de Domicílio

A garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, salvo em casos expressamente previstos, é introduzida no sistema jurídico brasileiro através da previsão inserida no artigo 5º com status de direitos fundamentais, direitos estes que visam assegurar a dignidade da pessoa humana em todas as suas acepções e dimensões, sobretudo sua liberdade, necessidades e preservação.

Destarte, caracterizados como sendo direitos individuais e coletivos, a Constituição federal resguarda com maior severidade a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade e seu escopo principal, sendo tais proteções o marco desta constituinte.

Esses direitos fundamentais têm o objetivo principal de trazer a dignidade humana para a população, sendo essa, discutida de forma livre de ideais religiosos e ideológicos. Com isso, chegará ao seu objetivo fim que será o de assegurar os referidos direitos fundamentais citados aos cidadãos, assim, delimitando os poderes do Estado sobre sua sociedade, buscando sempre a melhor solução para problemas do cotidiano. Neste sentido, Luís Roberto Barroso (expõe:

[...] a primeira tarefa que se impõe é afastá-la das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. As características de um conteúdo mínimo devem ser a laicidade – não podendo ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade -, a neutralidade política – isto é, que possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas – e a universalidade – isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana. (Barroso 2018, p. 290)

É assim então, que a junção dos direitos fundamentais consegue construir um verdadeiro arcabouço protetor que assegura os cidadãos de permanecerem em sua propriedade privada, sem que tenham sua vida e personalidade deturpados, de modo que daí surge a garantia de inviolabilidade domiciliar.

Antes de mais nada, calha destacar os conceitos de direito fundamental e garantia fundamental. Sendo direito, as vantagens e bens descritos na norma constitucional; e garantia, os acessórios que irão assegurar o exercício dos direitos dispostos ou repará-los, caso violados.

Sendo assim, a garantia à inviolabilidade de domicílio está disposta no artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso XI, sendo o seguinte texto: “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”.

O direito a inviolabilidade domiciliar é além de tudo um direito fundamental de primeira geração até pois está diretamente ligado a liberdade individual.

Ainda em relação ao direito de primeira geração, é o que diz Pedro Lenza, senão vejamos:

[...] alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) Habeas Corpus Act (1679) [...] Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade. (LENZA, 2008, p.588)

Em relação à inviolabilidade domiciliar, ela teve sua origem na época de surgimento do Estado Constitucional na Europa, a fim de delimitar o poder do Estado sobre a população. Diante disso, surgiu uma velha, porém até hoje conhecida frase de Lorde Chatam: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”. (apud, MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2014, p. 55)

Com isso, até os dias atuais, a maioria dos países adotaram esse direito à propriedade, assim, assegurando a intimidade e a vida privada de sua

população. No Brasil, essa norma constitucional surgiu em 1824 na Constituição política do império do Brasil, passando a estar elencada nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC de 1969 e, por fim a CF/1988, portanto a proteção ao domicílio está presente desde os primórdios de nosso Estado.

Em nossa Constituição, conforme já citado, o art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988, estabelece o direito à inviolabilidade de domicílio. Portanto, por se tratar de uma norma constitucional, ela serve de base interpretativa para todo o nosso ordenamento jurídico, porém, não podendo ser deteriorada.

Ainda mais, é necessário que se entenda o real conceito de domicílio, que deve ser entendida em caráter amplo, não tratando-se apenas da residência, ou habitação com intenção definitiva de moradia, vez que se considera todo local determinado ocupado por algum indivíduo. Neste sentido leciona Alexandre de Moraes:

Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito. (MORAES, 2014, p.55/56)

É assim que se entende que, todo local que esteja ocupado por alguém independentemente de seu título com o lugar, terá a devida garantia de proteção constitucional. Noutro giro, vale ressaltar e dar a devida ênfase as possibilidades excepcionais em que será permitida a invasão domiciliar sem a presença de instrumento processual permissivo, quais sejam durante o período noturno, somente será permitido a entrada em domicílio de terceiro sem sua autorização, em situação de flagrante delito ou desastre, para a prestação de socorro e, durante o dia, apenas por determinação judicial.

Inicialmente, é justo destacar a definição do que é entendido como dia e noite, pois são vários os entendimentos em relação a esse termo. O posicionamento mais aceito seria o de que dia é o período em que há luz do sol. É o seguinte entendimento de Guilherme Souza Nucci, “é o período que vai

do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte”. (NUCCI, 2014, p.787)

Por conseguinte, em relação às exceções dispostas no artigo 5º, inciso XI, entende-se como flagrante delito a ação delituosa que está acontecendo no presente momento, portanto nessa hipótese tendo a licitude do ato de invasão. Tal fato é um dos principais motivos de discussão quando se trata do crime de tráfico de drogas, tendo em vista se considerar um crime continuado, ou em estado de flagrância, conforme já tratado.

Assim, conforme descrito, e conceitualmente esclarecido, resta claro que o direito a propriedade em concomitância com a inviolabilidade de domicílio são garantias indispensáveis ao cidadão, pois estes assegurarão a intimidade, a vida privada e a honra do indivíduo em seu ambiente de moradia e sua vivência familiar.

3.2 O crime de Violação de Domicílio

Além da proteção constitucional, a propriedade e a vida privada do cidadão também recebe amparo e proteção da legislação penal, quando trazida para o âmbito penal, o qual está expresso no artigo 150 do Código penal na figura da violação do domicílio.

Para tanto, tal artigo aduz que: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências” (BRASIL, 1940, Art. 150).

Observa-se que o tipo penal trata do sujeito ativo como qualquer pessoa, bastando apenas a entrada em domicílio de terceiro sem a devida permissão. Resta claro então, que a invasão policial quando não motivada e não permitida será vista como ilegal, não só no âmbito constitucional.

Tal delito aborda três modalidades de invasão: clandestinidade, astúcia ou ausência de vontade da vítima. A clandestinidade é o indivíduo invadir alguma casa de modo que os moradores percebam. A astúcia é quando o indivíduo invade o domicílio de maneira fraudulenta, por exemplo quando o indivíduo engana ou utiliza da má-fé para o ingresso. Por último, a ausência de

vontade da vítima é quando o indivíduo ingressa o domicílio contra a vontade de quem de direito, sendo essa vontade expressada de forma expressa, ou seja, quando o consentimento for dado de forma clara; ou de forma tácita, quando o consentimento é exposto de forma implícita, porém compreensível.

Não cabe ainda a forma culposa em determinado delito, tendo em vista que a permissão é um ato expreso de vontade, não podendo então ser presumida, e ainda mais que a instrução constitucional, o legislador foi sapientíssimo quando descreve com clareza o que é considerado domicílio para termos da legislação penal, dizendo no § 4º do artigo 150 que: “A expressão “casa” compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (BRASIL, 1940, Art.150), e o parágrafo §5º, diz que: “Não se compreendem na expressão “casa”: I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do parágrafo anterior; e II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero” (BRASIL, 1940, Art.150).

No mesmo sentido, com o brilhantismo habitual, Bitencourt assevera que:

[...]tem a abrangência suficiente para evitar qualquer dúvida relativamente a moradias eventuais ou transitórias. Para configurar ‘casa’, no sentido de qualquer compartimento habitado, não é necessário que esteja fixa ou afixada em determinado local; pode ser móvel, flutuante, ‘errante’, como, por exemplo, barco, trailer, motorhome, cabia de um trem velho, vagão de metrô abandonado, abrigo embaixo de ponte ou viaduto etc., além de abranger, evidentemente, quarto de pensão, de pensionato etc. (Bitencourt, 2011, p.474, apud, GRECO, 2015, p. 553).

É assim então que tratando da amplitude do sentido de casa e domicílio, que o § 3º do mesmo artigo 150, apresenta as hipóteses de exclusão do crime, sendo as hipóteses:

“§3º- não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.”

A primeira hipótese é clara quando diz respeito ao cumprimento de determinação legal, no intuito de efetuar prisão ou realizar diligência indispensável, devendo então ser considerado o período diurno.

Noutro giro em segunda análise verifica-se que se entende como ingresso de qualquer pessoa quando algum crime foi iniciado e teve sua execução finalizada na forma de tentativa, por força do seu interrompimento e ou quando de sua consumação.

Em um primeiro momento, para ter uma ideia do que seria a invasão de domicílio sem mandado judicial é pertinente o uso de um exemplo hipotético, porém que tem bastante incidência no dia a dia policial adequando-se ainda perfeitamente ao nosso trabalho em análise.

Suponhamos que uma equipe policial esteja realizando seu patrulhamento de rotina, momento em que avista um indivíduo sentado em frente sua casa, e este, ao perceber a presença dos policiais adentra sua residência de imediato. Desta forma, os policiais alegam que o indivíduo demonstrou atitude suspeita, assim, vão até a referida residência e ingressam sem a permissão do morador. Após o ingresso, os policiais realizam busca domiciliar e acabam encontrando algumas porções de droga, uma balança de precisão e um rolo de papel filme no quarto do indivíduo, sendo assim, dão voz de prisão em flagrante no indivíduo por tráfico de drogas.

Tal situação é usualmente corriqueira e por vezes fundamenta prisões como se sua possibilidade fosse regra, pois os policiais utilizam o argumento do cometimento de crime em situação de flagrância, não sendo, no entanto, a mera suposição, argumento válido para invasão domiciliar. Esbarrando assim na teoria da árvore envenenada como será exposto, produzindo provas ilícitas, assunto este que será tratado em capítulo posterior.

Portanto, se observa da decisão até este momento que a legislação constitucional e penal trata com clareza e veemência o tema, acerca das permissões e vedações da violação de domicílio.

As diversas interpretações das normas causam diferentes compreensões acerca do assunto, por isso, o Supremo Tribunal Federal a fim de pacificar uma interpretação decidiu o seguinte:

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. (RE 603616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Ante o exposto, constata-se que dentro das exceções que permitem o ingresso de terceiros em qualquer período do dia, tais quais, desastre,

prestação de socorro e flagrante delito, terá sua legalidade firmada em relação à hipótese de flagrância apenas se houver e for apresentado fundadas razões que demonstrem que está ocorrendo a prática de um crime no exato momento do ingresso.

Assim, com espeque nos conceitos assim definidos, passamos a analisar de forma mais aprofundada no decorrer deste trabalho, tais questões legais de forma mais aprofundada e até mesmo direcionada ao objeto deste trabalho

4 O PROCESSO INVESTIGATIVO, PROVAS E O USO DE PROVAS ILÍCITAS

O processo investigativo, sobretudo no âmbito das drogas é necessariamente complexo e pela quantidade de tipos penais correlatos, como homicídios, latrocínio, o uso de menores infratores como forma de garantir a impunidade tendo em vista as falhas legislativas em relação a punição de menores.

É partindo de tal pressuposto que passamos a análise não so do processo investigativo, mas também das provas em espécie, tratando especialmente da entrada em domicílio para a busca de prova e o deslinde processual se tratando de usuário e traficante e sua licitude.

4.1 Métodos de investigação no âmbito da Lei 11.343/06

A partir deste ponto, passamos a analisar a ótica de dois procedimentos, o utilizado no crime de tráfico de drogas e o utilizado em casos de posse da droga para consumo próprio/pessoal. Sendo assim ritos diferentes devido ao usuário se encaixar nas disposições da Lei nº 9099/95.

4.1.1 Procedimento em casos de posse de drogas para consumo pessoal

Tratando-se de situação típica e tida como crime conforme previsão do art 28 da Lei 11.343/06 e não havendo concurso de crimes com os previstos nos artigos 33 a 37 da mesma lei, o indiciado será julgado conforme o que prevê a legislação dos juizados especiais, definidas na Lei 9.099/95, que dispõe acerca do Juizado Especial Criminal.

Extraída da Lei 9099/95 o seu artigo 48 prevê que:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais. (BRASIL, 2006)

Tais medidas são então tomadas por o crime ser considerado de menor potencial lesivo, é por tal motivo que ordinariamente, em audiência preliminar o representante do Ministério Público poderá propor transação penal seja ela a aplicação de advertência, prestação de serviços comunitários ou comparecimento à programa socioeducativo. Caso o Ministério Público não proponha a transação penal, havendo discordância com a opinião do juiz, os autos serão remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando-se analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (BRASIL, 1941)

Assim, não havendo a proposta de transação penal, os autos serão enviados ao procurador-geral para que a proponha ou que indique outro representante do Ministério Público para que o faça. É então com base nos breves apontamentos expostos, que se observa a cautela do legislador quando se depara com a possibilidade do cerceamento de direitos pelos crimes de menor potencial lesivo, desde que comprovada a condição de usuário, que conforme alguns autores se trata mais de uma questão de saúde e saúde pública, do que tema criminal que mereça ser punido com maior severidade.

4.1.2 Do procedimento em caso de crime de Tráfico de Drogas

Por sua vez, quando se trata da previsão legislativa referente ao tráfico de drogas a Lei 11.343/06 apresenta o procedimento a ser seguido em seus artigos 50 a 59.

A título de exemplo, extrai-se da referida Lei que:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Observa-se com base na leitura deste artigo, que a obtenção de prova é primordial não só para a obtenção de provas que fundamentem a pretensão punitiva, mas também para que se identifiquem os agentes e a função de cada agente que compõem a organização criminosa.

Com a promulgação da Lei 5.796, o Brasil acolhe a orientação internacional no que diz respeito às legislações antidrogas, e passa a diferenciar usuários e traficantes, com até 6 anos de pena privativa de liberdade e trouxe tipificação da quadrilha composta por dois membros. Nesse contexto, foi se moldando uma política criminal bélica (Danielli Xavier de Freitas, 2014).

4.2 Provas Ilícitas e seu Regramento

Na busca incessante pela construção da verdade dos fatos por conta do Direito, o ordenamento jurídico busca ainda mais incessantemente promover a justiça e equidade sobretudo ao se tratar de cerceamento de direitos, como é o caso da prisão. A recondução e reconstrução da realidade é um compromisso inerente da prestação jurisdicional e seu objetivo é a formação da certeza

judicial, que será futuramente protegida pela coisa julgada podendo esses fatos certificados serem correspondentes ou não aos fatos efetivamente ocorridos na realidade, uma vez que, ao lado da certeza jurídica, se pretende, ainda, uma estabilização dos conflitos sociais.

Tal reconstrução da verdade a que se propõe o Direito Processual não se desassocia em nenhum momento do instituto da prova, que tem por objetivo precípuo trazer a partir do arcabouço probatório formar a convicção do órgão julgador no que concerne a existência ou não dos fatos típicos, bem como sua autoria e circunstâncias, buscando assim alcançar a verdade ideal.

Ao vedar expressamente o ingresso obtido por meios ilícitos no processo a Constituição Federal eleva a um status de maior segurança o desenvolvimento do processo penal. Provas ilícitas são em suma, as provas obtidas com violação e regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo.

Por sua vez, a prova será considerada ilegítima quando for obtida mediante

violação à norma de direito processual. Exemplificando, Renato Brasileiro aduz:

A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha. Em outro exemplo, no curso de audiência uma de instrução e julgamento, o magistrado pede à vítima que realize o reconhecimento do acusado. A vítima, então, olhando para trás, aponta o acusado como o suposto autor do delito, o que fica registrado na ata da audiência. Como se vê, tal reconhecimento foi feito ao arrepio do art. 226 do CPP, que traça o procedimento a ser observado na hipótese de reconhecimento de pessoas e coisas (Lima, 2022 p.608).

Tal exemplo nos faz observar e dar maior atenção a sensibilidade quando se trata da ilicitude ou não da prova colhida no processo investigativo. Ao passo que a Constituição Federal estabelece regras balizadoras do processo na seara penal, às quais conferiu status de fundamentais e de garantias inalienáveis do ordenamento jurídico. Por sua vez, a prova produzida em

desacordo com os princípios básicos processuais, via de regra deve ter a sua entrada no processo barrada pelo aplicador do Direito, como será tratado no tópico seguinte.

4.2.1 A prova Ilícita

O legislador constituinte foi claro ao consagrar a vedação à admissibilidade das provas ilícitas no Processo. Do artigo 5º, LVI, da Carta Magna extrai-se que não se admitem no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Tal vedação tem por escopo garantir que o produto de uma violação à lei não seja utilizado para julgar alguém por outra suposta violação à Lei. É inadmissível que um sujeito saia da condição de inocente para ser condenado por um fato “comprovado” mediante violação ao ordenamento jurídico.

Tal vedação possui uma finalidade dupla, por buscar tutelar direitos e garantias individuais, e assegurar a qualidade das provas na instrução processual, remetendo a busca da verdade. Assim como a prova diretamente ilícita por si só é inválida, a prova lícita obtida a partir de descobrimento de uma prova ilícita é também tida como ilícita. De modo a elucidar o pensamento, quando um sujeito é torturado e confessa que mantém drogas em depósito em determinado imóvel e a autoridade policial obtém mandado judicial para realizar a busca e apreensão das drogas, a droga encontrada no local é uma prova lícita, mas que derivou de meio ilícito qual seja, ela derivou de uma prova ilícita tendo em vista que a confissão foi concebida mediante tortura.

Logo que identificada a ilicitude de determinada prova, o passo seguinte é identificar qual tratamento será dado a esta prova. Assim, se desenvolveram três correntes de pensamento, a tese da admissibilidade processual da prova ilícita, a teoria da inadmissibilidade absoluta e, por fim, a tese da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade, de modo que não adentraremos na discussão, observa-se apenas que existe uma busca pela relativização por parte de algumas correntes.

As três teorias são arriscadas, cada uma a seu modo. O fato é que cotidianamente a vedação à admissibilidade da prova ilícita atua no sentido de

reforçar a proteção a uma série de outros direitos fundamentais, tais como o direito ao silêncio, o direito ao sigilo profissional, de correspondência e de telecomunicações, bem como o direito à inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, as provas obtidas mediante afronta a esses direitos são ilícitas e a Constituição manda que não sejam utilizadas no processo.

O fato é que a Constituição que assegura as garantias da privacidade, da intimidade, da inviolabilidade de domicílio e da inviolabilidade de correspondência é a mesma Constituição que tutela a segurança pública. Portanto, no intuito de outorgar meios eficientes de combate à delinquência, o Estado não pode permitir ingerências desnecessárias ou abusivas na vida dos particulares, conforme pondera Antonio Scarance Fernandes:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta de privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos. (FERNANDES, 2010 p.81)

Como visto nos capítulos anteriores e de entendimento geral, o crime de tráfico de drogas suporta uma série de ações que o configuram, de modo que quanto maior a abrangência de ações, espera-se que maiores sejam as possibilidades de punibilidade. Vender, comprar, produzir, guardar, transportar, importar, exportar, oferecer, etc; são condutas que cumuladas ou isoladamente configuram o tráfico de drogas.

De logo observa-se que a organização criada pelo tráfico de drogas, também importará numa alta quantidade de agentes infratores em uma organização que compreende desde a produção da droga até sua comercialização, sempre passando pelo seu armazenamento, o que justifica a obtenção de provas por meio de invasão domiciliar.

De modo a ilustrar e debater a legalidade de tais invasões, passamos a analisar e discutir no próximo capítulo a legalidade, licitude e

demais nuances da obtenção de prova no crime de tráfico de drogas, com base na invasão domiciliar.

5 TRÁFICO DE DROGAS E INVASÃO DOMICILIAR, DA INVIOABILIDADE AO USO DA INVASÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Apresentado ao ordenamento jurídico no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio da inviolabilidade domiciliar aduz que a casa é asilo inviolável do indivíduo ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

O princípio interliga-se diretamente com a proteção da vida privada e garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana. Assim, a proteção do domicílio nada mais é do que a proteção da dignidade do indivíduo, ou seja, observe-se que a proteção ao domicílio não diz respeito a posse ou propriedade, mas a garantia de um espaço livre para o desenvolvimento da personalidade, da vida privada e do sossego. Assim como no cenário internacional, em um Estado Democrático de Direito, compreende-se a expressão “casa” ou “domicílio” em sentido amplo, ou seja, é o espaço delimitado e ocupado com exclusividade para residência ou fins profissionais, desde um barraco até mesmo um quarto de hotel, visto que a proteção envolve o direito à vida privada e não se relaciona com o tipo de moradia ou ao local.

Tal proteção, sem dúvidas é capaz de gerar a proteção do indivíduo e elevar essa proteção ao status de princípio fundamental da nossa sociedade, por meio da constituição. Ocorre que é justamente esta proteção, que quando deturpada proporciona aos agentes do tráfico, maior viabilidade no e para o armazenamento de entorpecentes e derivados ilícitos, de modo que a inviolabilidade como regra, por vezes poderá vir a prejudicar o processo investigativo, não sem possível, porém abrir mão da proporcionalidade e arbitrariedades. É com base neste entendimento que passamos a analisar a partir daqui quais consequência da inviolabilidade domiciliar na investigação do tráfico de drogas.

5.1 Consequências do enquadramento do tráfico de drogas como crime permanente

Alguns crimes tipificados na Lei de Drogas, não se consumam em um único momento, pois são considerados delitos que têm a consumação prolongada no tempo, adquirindo assim a natureza de crimes permanentes. É assim que se pode vislumbrar a permanência do estado de flagrância do agente delinquente, tendo em vista que enquanto o crime está sendo praticado, estará presente o estado de flagrante.

É o caso do crime de tráfico na modalidade em que se o delito se perfaz na conduta do agente consistente em manter drogas ou guardá-las em depósito. Enquanto os entorpecentes estiverem em depósito, o crime estará sendo consumado e, portanto, permanecerá a situação de flagrância.

Na realidade, trata-se de um crime que comumente é consumado no interior do domicílio de quem o pratica. Assim, o morador que tem droga depositada ou guardada em sua casa está permanentemente em situação de flagrante delito e é aí que se chocam dois valores assegurados constitucionalmente. De um lado a tutela à saúde pública, por meio da repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e, de outro, a proteção à intimidade e à vida privada asseguradas pela inviolabilidade de domicílio.

Alcança-se neste ponto, o choque entre os Direitos fundamentais e a possibilidade de invasão domiciliar igualmente permitida pela lei, no que tange ao flagrante delito. O constituinte entendeu que a inviolabilidade do lar não pode servir de escudo para o cometimento de crimes. O domicílio é o local onde o sujeito tem liberdade para exercer seu direito à privacidade e à intimidade, só ou com sua família, mas, quando o mesmo se vale destes direitos para adotar práticas delituosas, há um uso inadequado de tais liberdades.

Por outro lado, há de se convir que a invasão domiciliar baseada no flagrante delito é medida de exceção constitucional, portanto sua interpretação deve ser restrita, uma vez que se trata de uma medida extremamente invasiva havendo meios diversos de alcançar o objetivo, vez que a entrada imediata só é necessária quando se verifica a urgência.

Com isso, se observa e conclui-se que o Estado através da força policial não pode atuar arbitrariamente como se integrassem verdadeiras “tropas de

ocupação”²²³, na medida em que invadem domicílios, em bairros onde residem famílias de classes sociais menos favorecidas, rotineiramente para procurar drogas e petrechos ligados ao tráfico, sob a alegação de estarem diante de situação de flagrante delito, quando, em verdade, são situações de mera suspeita e onde não se verifica a necessidade de intervenção imediata da polícia.

Daniel Nicory de Prado, leciona que:

Em suma, nos bairros pobres, os indivíduos estão vulneráveis, permanentemente, ao ingresso de policiais sem mandado, com fundamento em delações anônimas que, se se provarem falsas, em nada resultarão, nem para o agente público, nem para o “delator” não identificado. Nos bairros ricos e de classe média, a cautela adotada é outra, justamente pelo temor que o agente carregará de ser responsabilizado civil, administrativa e até penalmente pela arbitrariedade de sua conduta. Aqui, dirão os adeptos da criminologia crítica, tem-se mais um gritante exemplo da seletividade do sistema penal (PRADO, 2013 p.116)

O que não se pode discutir, é a legitimidade do ato, que por muitas vezes é baseado apenas no que chamam de mera suspeita, o que originalmente não é uma das hipóteses previstas constitucionalmente e quanto a isso não há o que se discutir. É que a legalidade da conduta dos agentes públicos deve ser aferida levando-se em conta os elementos que estes possuíam no momento da tomada de decisão a respeito da entrada em domicílio e não de acordo com o resultado desta entrada.

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

Ainda se tratando da permanência do crime e sua dialética com a possibilidade de real prisão em flagrante, Damásio de Jesus (2010, p. 233) define os crimes permanentes como aqueles que causam uma situação danosa que se prolonga no tempo. 7 Diferentemente dos crimes instantâneos, os quais se completam em um único momento. Adverte o autor, além disso, que o delito em análise pode atingir bens jurídicos materiais ou imateriais.

As organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas, representam atualmente e desde o início da prática delituosa as maiores responsáveis pela criminalidade no Brasil, tendo em vista como já visto a quantidade de agentes criminosos e crimes correlatos que praticam. O processo investigativo corriqueiramente esbarra nas dificuldades e no próprio uso deturpado das instituições e preceitos legais.

Por sua vez, conclui-se que a obtenção de provas por meio ilícito prejudicará ainda mais o prosseguimento das investigações e o resultado útil do processo. A entrada forçada em domicílio sem uma justificativa prévia conforme é direito, é de plena arbitrariedade, como visto a obtenção do resultado não sobreporá os meios utilizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do referido trabalho é analisar o desenvolvimento do tráfico de drogas no Brasil, e analisar se a exceção da inviolabilidade constitucional do domicílio é aplicada ou não a luz da constituição.

Observou-se que a falta de legislação específica e combativa no início da prática delituosa, causou o avanço desenfreado do tráfico de drogas em todo o território nacional, sobretudo nas fronteiras. O processo investigativo desde o inquérito policial, é de fundamental importância para o combate e a desarticulação das organizações criminosas voltadas ao tráfico.

Conforme visto momento seguinte, viu-se que as práticas delituosas voltadas ao tráfico, pela complexidade e quantidade de agentes criminosos envolvidos, dificultam a atuação policial e investigativa, bem como aplicação das leis constitucionais e infraconstitucionais. Foi assim, que tomando por base a prática de invasão domiciliar como meio de obtenção de prova bem como a flagrância nos casos de crimes continuados e permanentes, pôde se chegar a conclusão de que inovações legislativas são necessárias para a obtenção de resultados com maior eficácia, desde que não desrespeitem os limites constitucionais já estipulados.

REFERÊNCIAS

(RE 603616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016).

B/RASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 20 de março de 2022

BRASIL. Código Penal (1940). DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Decreto no 11.481 de 10 de Fevereiro de 1915. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 10 de Fevereiro de 1915, Seção 1, p. 3597.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10676395/artigo-953-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002> . Acesso em: 11 05. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Acesso em 20 d Setembro de 2022

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 20 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei N.º 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Acesso em 20 de Setembro de 2022.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 7ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014 p. 59-61.

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Cesso em 20 de Outubro de 2022

Damásio de Jesus. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2010.
Descrição Física: 233 p.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GANEM, Pedro Magalhães. **Principais diferenças entre os ritos do CPP e da Lei de Tóxicos**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/ritos-cpp-lei-toxicos/> . Acesso em: 15 de março de 2022

GARBIN, Aphonso Vinícius. **Indícios como prova em crimes de tráfico de drogas**. Disponível em: <https://aphonso.jusbrasil.com.br/artigos/461006699/indicios-como-prova-em-crimes-de-trafico-de-drogas> . Acesso em: 24 de março de 2022

GARCIA, Eduardo Alfonso Cadavid. **Manual de sistematização e normalização de documentos técnicos**. São Paulo: Atlas, 1998.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. Ed. São Paulo: /Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2005.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 1ª ed, São Paulo: Martin Claret, 2002.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M.A. **Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostras técnicas de pesquisa, elaboração, /análise e interpretação de dados**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Comentada**. Vol. Único. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. V. 1, 6ª Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales**. 3ª ed. Valencia: TirantloBlanch. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 116.

RODRIGUES, Rui Martinho. *Pesquisa Acadêmica*, São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Thiago. **Política e Drogas nas Américas: Uma Genealogia do Narcotráfico**. Editora Desatino, 2017.