



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ABNER GABRIEL FERREIRA REGO NOGUEIRA

**A PRISÃO EM FLAGRANTE E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES: O
TRABALHO JURISPRUDENCIAL DE UNIFORMIZAÇÃO**

BRASÍLIA - DF
2023

ABNER GABRIEL FERREIRA REGO NOGUEIRA

**A PRISÃO EM FLAGRANTE E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES: O
TRABALHO JURISPRUDENCIAL DE UNIFORMIZAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

BRASÍLIA - DF

2023

ABNER GABRIEL FERREIRA REGO NOGUEIRA

**A PRISÃO EM FLAGRANTE E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES: O
TRABALHO JURISPRUDENCIAL DE UNIFORMIZAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
(Orientador)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho
(Membro da Banca Examinadora)

Prof. Me. Guilherme Gomes Vieira
(Membro da Banca Examinadora)

Brasília, 15 de fevereiro de 2023.

*Dedico este trabalho aos meus pais, Josias e
Patrícia, por todas as razões.*

AGRADECIMENTOS

Acredito que é impossível olhar para qualquer conquista da vida sem ter com quem compartilhar o momento. Coincidentemente, as pessoas que têm lugar cativo nessa comemoração são as mesmas que me auxiliaram a alcançá-la. Contribuições tímidas, contribuições ousadas, contribuições ordinárias, contribuições extraordinárias: todas demonstraram algo sobre a preocupação em se envolver e participar da minha vida. Essa conquista leva a assinatura de todos vocês.

Ao meu Senhor e Salvador, a fonte de toda alegria e satisfação. É impossível compreender a Tua grandeza e o número das Tuas misericórdias derramadas na minha vida a cada manhã. Os jovens se cansam e se fatigam, mas os que confiam em Ti têm suas forças renovadas, voam como águias, sem qualquer sinal de cansaço. Não há outra fonte de prazer verdadeiro, não há outra fonte de boa dádiva e de dom perfeito. Tudo vem de Ti e é para Ti. Esse Deus Trino se revelou a um pecador, mostrou compaixão e dispensou graça. É o tesouro que decidiu habitar em um vaso de barro, o perfeito que se aproximou do imperfeito. Um parágrafo de agradecimento a Ti é muito pouco, uma vida de agradecimento é muito pouco.

Aos meus pais, Josias e Patrícia, a demonstração palpável e cabal de que existe amor verdadeiro. O sustento financeiro, os valores ensinados, os conselhos dados, o apoio carinhoso nas decisões difíceis e a sinceridade nas repreensões são só detalhes do que vocês fizeram e fazem por mim. Espero, um dia, me tornar metade do que vocês são em caráter, sabedoria e piedade. Espero, um dia, encarar os problemas da vida como vocês encaram. Espero, um dia, conseguir demonstrar a minha gratidão com mais do que palavras.

Às minhas avós, Zeca e Denê, pelo apoio, palavras e gestos de afeto. Tias da minha mãe que transformaram um sobrinho-neto em neto. Um amor gratuito e sem qualquer motivo que viesse de mim. Vocês são bênçãos preciosas. Esquecer de vocês neste momento seria uma falha de caráter.

Aos meus irmãos, Rafael e Miguel, pela paciência e parceria. Vocês conhecem e convivem com os traços mais difíceis e cansativos da minha personalidade. Ser irmão de vocês tem me tornado uma pessoa melhor. Se eu chegar ao nível de ser exemplo para os dois, já ficarei feliz.

Aos meus colegas de faculdade, pela leveza e descontração que me proporcionaram nesses 5 anos de curso. A experiência universitária teve temperos especiais com cada ajuda em trabalho, indicação de disciplina e resenha fora da sala de aula. Em especial, agradeço ao

Bruno, amigo dentro e fora da UnB. Seu talento é admirável, sua dedicação inspira e seu futuro acadêmico e profissional de sucesso é tão certo quanto a cor azul dos seus olhos.

Ao meu orientador, professor Paulo Queiroz, pela paciência e solicitude com o meu aprendizado e estudo para escrever esta monografia. Docentes como o senhor são motivação para qualquer estudante dedicado e dão graça para qualquer ambiente acadêmico insosso. A escolha do tema deste trabalho teve muito da influência que o senhor exerce em sala de aula.

À UnB e à Faculdade de Direito, por realizarem o meu sonho de obter formação acadêmica em uma instituição de ensino tão qualificada e me permitirem amadurecer como estudante e cidadão.

Obrigado!

Soli Deo gloria.

RESUMO

O presente trabalho objetiva fornecer instrumentos para uma análise crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na aplicação de institutos previstos na Lei 11.343/2006. Os precedentes selecionados envolvem o tema do flagrante delito sendo colocado em diálogo com preceitos da sistemática constitucional brasileira, especialmente o da inviolabilidade de domicílio.

O estudo de cada uma dessas matérias se norteou em pesquisas bibliográficas focadas na conceituação dos seus aspectos relevantes ao escopo dos precedentes expostos na parte final do trabalho. De certa forma, a jurisprudência escolhida norteou e foi a causa maior para todo o exposto nos dois capítulos iniciais.

Palavras-chave: Flagrante delito. Prisão. Lei de Drogas. Tráfico de drogas. Inviolabilidade de domicílio. Justa causa.

ABSTRACT

This work aims to provide tools for a critical analysis of the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court in the application of institutes provided by Law 11.343/2006. The selected precedents involve the theme of flagrante delicto being placed in dialogue with precepts of the Brazilian constitutional system, especially the inviolability of the home.

The study of each of these subjects was guided by bibliographical research focused on the conceptualization of its relevant aspects to the scope of the precedents exposed in the final part of the work. In a certain way, the jurisprudence chosen guided and was the major cause for all that was exposed in the two initial chapters.

Keywords: Flagrante delicto. Arrest. Drug Law. Drug dealing. Home inviolability. Just cause.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt – Agravo Interno
AgRg – Agravo Regimental
ARE – Agravo em Recurso Extraordinário
ampl. – ampliada
atual. – atualizada
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DJe – Diário da Justiça eletrônico
ed. – edição
EDcl. – Embargos de Declaração
HC – *Habeas Corpus*
Min. – Ministro(a)
PEExt – Pedido de Extensão
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator(a)
REsp – Recurso Especial
rev. – revista
RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça
TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região
v. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I. PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO.....	14
1. Panorama histórico da (des)associação com a cautelaridade.....	14
2. Definições teóricas.....	18
2.1. Flagrância.....	18
2.2. Espécies.....	22
2.3. Fases.....	25
3. Encaixe constitucional e principiológico.....	27
CAPÍTULO II. O TRÁFICO DE DROGAS E O FLAGRANTE.....	29
1. Antecedentes.....	29
2. Tráfico de drogas e condutas equiparadas.....	31
2.1. Características gerais de trato diferenciado.....	31
2.2. Externalidades facilitadoras.....	35
2.3. Ação múltipla.....	36
2.4. Modalidades alternativas de flagrante ainda não trabalhadas.....	40
3. Procedibilidade do flagrante na Lei de Drogas.....	42
CAPÍTULO III. AS CONTROVÉRSIAS HERMENÊUTICAS NAS CORTES.....	45
1. Restrição à inviolabilidade domiciliar.....	45
1.1. As posições da doutrina.....	46
1.2. As posições do STF e do STJ.....	48
2. Definição de justa causa na casuística.....	49
2.1. Denúncia anônima.....	50
2.2. Fama de traficante e informação dada por vizinhos.....	50
2.3. Tráfico praticado nas proximidades.....	51
2.4. Fuga de ronda policial, perseguição a veículo e fuga da própria casa.....	52
2.5. Cão farejador, manipulação visível, cheiro forte e o paradoxo dos sentidos.....	53
3. O risco de <i>fishing expedition</i>	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

O trato de institutos milenares, quer sejam jurídicos, quer não, é sempre desafiador. O primeiro risco que se corre com uma obra que os tenha como escopo é o de ser furtivo. Ser furtivo quanto aos pontos mais importantes, quanto à ênfase dada, quanto à quantidade de referências de autoridade para pontos essenciais etc. Assim ocorre com a prisão em flagrante. A variedade de material já escrito a respeito do assunto preencheria, com facilidade, dezenas e mais dezenas de corredores em bibliotecas de porte significativo.

A ideia de flagrância é intrínseca à de crime. Desde que existe infração – qualquer violação ao direito objetivo posto –, existe também a exteriorização visível do ato que a operou. Por conseguinte, o ato não fica imune ao contato visual por terceiros em condições de proximidade temporal ou lógica com a sua prática. A forma como isso foi disciplinado por várias legislações ao longo da história adquire uma multifacetação que torna sua exposição completa inviável para uma monografia. A furtividade vira confissão, não mais mero risco.

Tendo isso em consideração, o estudo selecionou pontos específicos na temática. Pontos que buscam examinar o eixo principal de sua repercussão para o procedimento criminal – fases investigativa e processual. Pontos que demonstram seu encaixe na ordem constitucional brasileira e, acima de tudo, pontos que são alvo de inúmeras demandas judiciais em matéria penal perante as Cortes maiores.

Ainda assim, se não fosse proposto outro filtro para além do supra, a matéria ficaria inestimável. Por isso, propôs-se o direcionamento da análise para os delitos da Lei 11.343/2006 – a chamada Lei de Drogas. Mais precisamente, para os crimes de tráfico de entorpecentes e afins. Nesse ínterim, foram expostas as características mais relevantes de direito material e processual relativas à disciplina feita no diploma normativo.

Ao final, outro filtro: controvérsias e precedentes marcantes no STF e no STJ interpretando a operabilidade do flagrante nas condutas da Lei de Drogas. A proposta para o último capítulo gira em torno da percepção de uma uniformização nos posicionamentos adotados para situações de limitação regular da inviolabilidade de domicílio. Acaba-se, inevitavelmente, aplicando nova triagem, direcionando a análise em torno da interpretação de critérios justificadores dessas situações.

Procurou-se, com metodologia que mesclou pesquisa bibliográfica prolífica com estudos de caso, verificar a distância que existe nos tempos atuais, pelos julgados mais recentes, de um entendimento harmônico e que permita aferição de critérios mais objetivos disponibilizados ao intérprete.

É evidente a importância de certos temas, comumente tratados na doutrina quando da análise da legislação de entorpecentes, que foram deixados de fora ou somente tangenciaram o presente estudo. Exemplos disso são a importação de semente de maconha e sua adequação típica, o porte de drogas para consumo pessoal e a fase processual do procedimento. Apesar deles e de sua relevância, o recorte metodológico foi necessário, sob o risco de que o escopo principal fosse ofuscado.

Outrossim, o trabalho teve suas ideias organizadas de modo a funcionar como autorreferenciamento em vários momentos. As remissões chegam a ser explícitas em certas partes. Tudo no objetivo de permitir que haja entendimento suficiente das controvérsias jurisprudenciais da última parte. Tanto foi assim que os dois primeiros capítulos, essencialmente conceituais, ficaram maiores do que o atrelado ao estudo de casos. O risco de redundância existe, mas, como com a furtividade, vale a pena corrê-lo.

CAPÍTULO I. PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO

1. Panorama histórico da (des)associação com a cautelaridade

A natureza jurídica da prisão em flagrante norteou, ao longo dos anos, discussões robustas entre a doutrina na tentativa de justificar uma ou outra posição. Embora profunda, a discordância maior gira em torno de sua associação ou não com as prisões cautelares. Sem um entendimento mínimo das características principais das cautelares, é impossível compreender o debate a respeito da natureza jurídica, independentemente de qual posição se adote.

Medida cautelar de caráter pessoal, o *carcer ad custodiam* (prisão cautelar) sacrifica, em algum momento da persecução penal, a liberdade de locomoção de um indivíduo com vistas a proteger a eficácia do processo. É autêntico exemplo do que se entende por tutela jurisdicional cautelar: uma série de providências previstas na legislação processual, possíveis na investigação e durante o processo e voltadas a salvaguardar o provimento definitivo – bem como a normalidade do que venha antes para neste culminar.

Inexiste qualquer vínculo com finalidades punitivas. Não são penas propriamente ditas, pois o foco é proteger a atuação estatal de dizer o direito, alcançando seus meios – o processo em si – e resultados. Do contrário, não haveria distinção em relação às prisões penais e ocorreria ofensa ao princípio da não culpabilidade. A prisão como punição penal tem o seu momento propício somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, quando o indivíduo será considerado culpado. Antes disso, qualquer fim punitivo é antecipação de cumprimento de pena.

Como bem explica Gustavo Badaró¹, há uma dupla instrumentalidade. O processo é instrumento de realização do direito material, pois não se fala em imposição prática da sanção penal longe da esfera processual. De uma forma ou de outra, não há punição sem que tenha havido processo antes. As medidas cautelares, por sua vez, fornecem instrumento para que o processo se desenvolva e alcance o seu resultado final – hipotético – de aplicação do direito de punir. A camada das cautelares é subserviente à camada do processo.

As situações que ensejam as providências características da cautelaridade também devem ser apresentadas e analisadas minimamente. São os cenários de aplicação, as premissas fáticas descritas pela lei e que, presentes, orientam o magistrado à decretação de uma medida cautelar. O eixo de análise requer certos cuidados práticos do intérprete, pois existem diferenças e pontos de definição escorregadios a serem consideradas nos campos de estudo envolvidos.

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 938.

Diferentemente do que ocorre no processo civil, exigem-se *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*². As alterações terminológicas propostas pelos doutrinadores e aceitas pela jurisprudência se justificam pelas incongruências que resultam de paralelismos irrefletidos entre as esferas. A respeito disso, Aury Lopes Junior³ alerta: “o equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia.”

No processo civil, há um direito material, sob risco, alegado por um indivíduo. Como a existência desse direito só será cabalmente comprovada e declarada ao final do processo, o decurso do tempo pode prejudicar o provimento definitivo. Sendo provável ou plausível o direito alegado e demonstrado o perigo de dano pela demora, justifica-se a tutela anterior ao momento usual.

No processo penal, por outro lado, não se fala em direito ou pretensão resistida a um bem da vida. A pretensão que existe – e é inaugurada com o cometimento da infração penal – é a punitiva, o *ius puniendi* do Estado. Não se analisa se é provável o direito estatal de punir – em termos práticos, isso não responderia nada. Na verdade, o olhar é direcionado para a violação à ordem jurídica, o delito, a ofensa a um bem relevante e protegido pelo direito penal. O risco imposto ao processo e que justifica a cautelar, por sua vez, não é causado pelo transpasso do tempo, mas pela liberdade do agente⁴.

A distinção de substratos sobre os quais repousam a probabilidade e o risco é feita pelo próprio CPP. A parte final do art. 312 elenca como pressupostos prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Se o substrato do risco é claro, em juízo mais rígido, a probabilidade se direcionaria apenas à autoria, dado que a existência do crime deve ser certa, e não provável – como a doutrina costuma explicar a diferença entre “prova” e “indício” nesse contexto⁵.

Presentes no capítulo da prisão preventiva, tais exigências se estendem, todavia, às demais medidas cautelares pessoais, dada a lógica comum de proteção à aplicação da lei penal, à investigação e à coletividade – vide a nítida semelhança entre o art. 282, I (referente a todas as medidas cautelares do título), e a primeira parte do referido art. 312.

² A análise está atrelada às medidas cautelares de natureza pessoal, já que o escopo reside na prisão cautelar, espécie desse gênero.

³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555590005, p. 253. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁴ Ibidem.

⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 169.

Assim, a fumaça de bom direito dá lugar à probabilidade de ocorrência do delito (*fumus comissi delicti*), reforçada por elementos informativos capazes de provar a existência do crime e fornecer indícios de autoria. O *periculum in mora* vira perigo decorrente do estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*).

Por muito tempo, foi indiscutível o perfeito encaixe das prisões em flagrante nesse modelo de utilidade. O fato de o flagrante justificar, por si só, a manutenção do encarceramento durante todo o processo reforçava um viés acautelatório – de salvaguarda ao resultado do processo. Consoante exposição de Renato Brasileiro⁶, sequer se falava, ao menos até 1977⁷, de conversão em prisão preventiva para manutenção da restrição à liberdade do flagranteado.

A redação original do CPP só excepcionava as hipóteses em que o agente praticava conduta amparada por excludente de criminalidade⁸, livrava-se solto ou cometia infração afiançável – esta decorrente de previsão genérica, aplicável a todas as modalidades de prisão. Para tais casos seria devida a liberdade provisória. Fora deles, um indivíduo poderia permanecer encarcerado durante todo o processo pelo simples fato de ter sido preso em flagrante⁹.

O trato só foi modificado com a reforma trazida pela Lei 12.403/2011. A disposição textual do art. 310 passou a tornar obrigatória a análise de elementos para fora do flagrante propriamente dito. Ao receber o auto da prisão em flagrante, o magistrado agora só poderia manter preso o flagranteado se possível a conversão em prisão preventiva e inadequada ou insuficiente a aplicação de outras medidas cautelares. Conversão, entretanto, só permitida em hipóteses bem restritas, como medida excepcional, em face das novas medidas alternativas à prisão também criadas pela reforma.

Tudo isso gerou questionamentos a respeito da natureza jurídica da prisão em flagrante. Embora provisória como as demais modalidades, ela perdia sua autonomia como justificativa para o encarceramento, o qual só perduraria assente em outras hipóteses, ainda que em cenários de legalidade e a pretexto de proteger a normalidade do processo. Tornava-se duvidoso tratá-la como medida cautelar autônoma se ela deveria, obrigatoriamente, ceder

⁶ DE LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., p. 1030.

⁷ A Lei 6.416/1977 acrescentou ao art. 310, do CPP, o parágrafo único que previa concessão de liberdade provisória se, pelo auto da prisão em flagrante, o juiz percebesse incoerência de hipótese autorizadora da prisão preventiva. Começava a nascer a ideia de que a prisão em flagrante não poderia, sozinha, justificar a continuidade do encarceramento.

⁸ Terminologia trazida, à época, pelo art. 19, do CP.

⁹ DE LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., p. 1028.

espaço a outra medida em um curto espaço de tempo – entre a lavratura do auto e a análise judicial. A sua inclusão no rol de espécies de prisões cautelares ganhou opositores engajados.

Até mesmo antes da alteração de 2019¹⁰, já não era escasso o número de doutrinadores que persistiam, ainda que para fins didáticos, em propor a supramencionada inclusão. Na atualidade, esse número passa longe de ser insignificante, demonstrando haver discordância quanto à desarmonia do flagrante com premissas básicas do conceito de cautelaridade. Até entre os contrários à inclusão não há consenso: uns dizem se tratar de providência administrativa, outros de etapa inicial da prisão cautelar e outros de ato pré-cautelar. Ainda assim, os questionamentos merecem maior análise.

Lopes Jr.¹¹ enxerga, no art. 306, do CPP, uma medida voltada a colocar, em até 24 horas, o preso à disposição do juiz. Este decidirá, pela aplicação ou não de uma medida cautelar. A linha temporal clara permite, na visão do autor, delimitar quando surge a finalidade de proteção ao processo: no momento da análise judicial. Somente após o filtro de avaliação aplicado pelo magistrado que nasceria a possibilidade de uma cautelar propriamente dita. Antes disso, todas as providências tomadas, além de independerem de autorização do juiz, teriam finalidades desprovidas de cautelaridade.

Para tal visão, há a subserviência do flagrante à cautelar, sendo ele, no máximo, uma medida de preservação desta, e não do resultado do processo. E só o é pela característica de reluzente visibilidade do delito, sem a qual seria impossível aprisionar um indivíduo. De tão notória a aparência de prática do crime, até uma pessoa não investida do poder coercitivo do Estado pode, independentemente de prévia autorização judicial, aplicá-la. Basta que ocorram as situações descritas pelo legislador¹².

Se a preocupação é só em equipar o juiz com o necessário para a determinação – posterior – da medida de viés cautelar, a finalidade se afasta da função acautelatória. Ocorre que, ao entrar nos detalhes dessa equipagem, fica difícil não notar uma certa cautelaridade na descrição utilizada por doutrinadores dessa vertente. A enumeração das funções da prisão em flagrante expõe muito de uma preocupação, ainda que indireta, com o processo.

Prova disso é a exposição de Renato Brasileiro¹³ – autor favorável à nomenclatura de medida pré-cautelar –, em que se enumeram como funções evitar a fuga do infrator, preservar sua integridade física, auxiliar na colheita de elementos informativos e impedir a consumação

¹⁰ A Lei 13.964/2019 foi na contramão da lógica da não autonomia da prisão em flagrante ao acrescentar, com o § 2º do art. 310, uma hipótese de manutenção desta, sem conversão em preventiva, quando o agente for reincidente ou integrar organização criminosa armada ou milícia, ou portar arma de fogo de uso restrito.

¹¹ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 270.

¹² Fundamento legal será aprofundado nos próximos tópicos.

¹³ DE LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., p. 1028.

do delito e seu exaurimento. Não é absurdo afirmar, por exemplo, que no “auxiliar na colheita de elementos informativos” existe um certo direcionamento a atos realizados em sede processual.

O zelo com a averiguação do fato delituoso não se preocupa somente com a atuação do *dominus litis*. Ao contrário, as informações colhidas com um grau seguro de confiabilidade¹⁴ são imprescindíveis para a atuação do Judiciário, pois contribuem para formar convencimento. É o Estado expressando cautela para evitar o perecimento de seus interesses¹⁵.

Por isso, Paulo Queiroz¹⁶ trata a falta de autonomia da prisão em flagrante – ela não servir, por si só, de justificativa para manutenção do encarceramento – como a demonstração de uma precariedade significativa. A necessidade de revisão pelo magistrado não demonstra falta de cautelaridade, mas reforça o caráter precário e justificável para uma medida que pode ser realizada por qualquer do povo. Há proteção ao processo, porém uma proteção que será trocada por outra, desde que não se trate de prisão ilegal.

De todo modo, embora se fale de cautelaridade, cabe a ressalva de que existe um regramento peculiar aplicável à prisão em flagrante, com distinções em relação ao das prisões cautelares. Marcelo Cardozo da Silva¹⁷ o chama de regime constitucional próprio, que será detalhado ainda neste capítulo.

2. Definições teóricas

Examinada a natureza jurídica, surgem outras definições que predominam no campo doutrinário e mostram a riqueza conceitual por trás da prisão em flagrante. A compreensão do significado de flagrância serve de mola propulsora para uma análise das variadas espécies e fases da prisão. As controvérsias judiciais tratadas no terceiro capítulo perpassam por tais definições.

2.1. Flagrância

¹⁴ Levando em conta que os elementos de prova estão flamejantes quando do flagrante, como se analisará no próximo tópico. A proximidade com o cometimento da infração dá uma aparência de verdade insofismável.

¹⁵ BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos**. 2. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 13.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Prisão em flagrante delito**. pauloqueiroz.net, 2017. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/prisao-em-flagrante-delito/>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

¹⁷ SILVA, Marcelo Cardozo da. **A Prisão em Flagrante na Constituição**. 2005. 231 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado)—Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 61.

Conforme referenciado no tópico 1, a flagrância pressupõe notória aparência do crime. Pelas lições de Tales Castelo Branco¹⁸, há uma ligação etimológica com fogo, com a ideia de uma chama inflamando e ardendo. No flagrante, o delito estaria ainda queimante, explícito, visível. Trata-se de certeza acerca da ocorrência de um fato que, sob apreciação provisória, configura prática infracional.

A asserção incide sobre o fato: o cenário no mundo naturalístico que permite, para quem o visualiza, o enquadramento da conduta como delituosa. Daí o cuidado terminológico de Castelo Branco¹⁹ em mencionar certeza visual do delito em vez de certeza do delito. Isso porque é realizada uma análise distante da esfera judicial e, como tal, afastada de tecnicismos, sem rigor científico. Um verdadeiro juízo leigo de adequação típica prévio à aplicação da prisão e passível de correção em momento futuro, quando poderá ser considerado até que não houve crime.

O flagranteado está cometendo ou acaba de cometer o delito. Os sinais estão vivos, frescos, e a certeza é tamanha que está ao alcance de todos, não só das autoridades. O fato delituoso, em flagrância, constitui prova de si mesmo, é prova direta²⁰. Atualidade e evidência se unem para impedir dúvidas sérias acerca de quem é o autor. Pela proximidade temporal com a prática da infração, os elementos de prova colhidos são preservados²¹ e garantem uma fotografia fiel, “um filme do que aconteceu”²².

Dessa forma, suposta incompatibilidade entre a inexatidão científica e a prova certa de existência do crime – faceta do *fumus commissi delicti*, pressuposto das cautelares – é solucionada pelo conceito de prova direta exposto por Francesco Carnelutti. O próprio fato, *a priori*, delituoso com o qual se depara o sujeito ativo da prisão em flagrante dá a certeza da infração. Os vestígios são cintilantes e incontrovertidos, bastando por si sós.

A categorização feita por Carnelutti auxilia a entender o conceito basilar de flagrância, mas foi flexibilizada no desenvolvimento histórico do instituto. Como se verá a seguir, a doutrina ampliou a incidência para além dos casos de testemunha direta do fato. Enxergou-se

¹⁸ BRANCO, Tales Castelo, op. cit., p. 16.

¹⁹ Ibidem, p. 197.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947, v. 2, p. 63. *Apud* DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612956, p. 152. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>>. Acesso em: 28 dez. 2022.

²¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612956, p. 149. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

²² ROSA, Eliézer. Dicionário de processo penal. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 166. *Apud* BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos**. 2. ed. rev. aum. e atual.. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17.

a possibilidade de haver flagrância também quando só houver prova testemunhal indiciária, indireta²³. Nesse cenário, embora inexista contato com o fato dito delituoso – indivíduo visto cometendo ou acabando de cometê-lo –, fato distinto gera a presunção de que ele ocorreu.

A delimitação precisa do que é a flagrância e até onde ela vai não foi um compromisso assumido por todas legislações históricas que antecederam e inspiraram a brasileira. Havia menção e, talvez, uma abstração firmada nos valores de certeza e atualidade, mas faltavam critérios mais objetivos.

Por conseguinte, o percurso de conceituação, no regramento nacional, enfrentou certas dicotomias até culminar com os parâmetros hoje constantes no art. 302, do CPP. Os núcleos essenciais do instituto, todavia, tiveram suas bases lançadas desde os primórdios.

Em ordenamentos na Antiguidade, a exemplo do hebreu e do romano, existiam distinções entre as punições aplicáveis a depender da presença da flagrância. Nas palavras de Castelo Branco²⁴, a diferenciação existia pelo desejo mais acentuado de vingança, um juízo intenso de reprovabilidade e alarma social.

Na legislação mosaica detalhada no pentateuco bíblico, embora não se previsse, conforme os ensinamentos de João Mendes de Almeida Júnior²⁵, a prisão como pena, indivíduo flagrado em falta poderia ser recolhido em guarda mesmo antes de ser conduzido ao tribunal para ser julgado. A referência de Números 15:32-34 exemplifica situação na qual o infrator foi recolhido antes de ser decidido o seu destino em julgamento. Ele havia violado o mandamento de guarda do sábado e foi encontrado durante a atividade de violação, cortando lenha no dia sabático.

A construção no regramento romano também reforçou peculiaridades. Um indivíduo sequer poderia ser apresentado para julgamento se o juiz não autorizasse. No flagrante, entretanto, permitia-se que ele fosse levado diretamente para ser julgado pelo magistrado, sem autorização prévia²⁶. Isso quando não se tratava de situações de flagrância nas quais a legislação autorizava a morte, como quando, pela Lei das XII Tábuas, era tolerado o extermínio de ladrões presos em flagrante a qualquer hora da noite²⁷.

Sempre predominou o preceito de apreensão da autoria a partir do fato visualizado. A apreensão, consequência da flagrância, dificultava a negativa de cometimento pelo sujeito. Os ordenamentos francês e italiano, em momento posterior, desenvolveram essa noção com

²³ SILVA, Marcelo Cardozo da, op. cit., p. 89.

²⁴ BRANCO, Tales Castelo, op. cit., p. 19.

²⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. vol. 1. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Typ Baptista de Souza, 1920, p. 17.

²⁶ BRANCO, Tales Castelo, op. cit., p. 20.

²⁷ Ibidem.

maestria ao instituírem critérios para definição das espécies de flagrante, com ideais que repercutiram no direito brasileiro. Eles ampliaram a depreensão para que ela alcançasse fato visualizado distinto do dito delituoso.

O Código de Instrução Criminal francês de 1808 trouxe três situações de flagrante: 1) quando o delito se comete atualmente ou acaba de ser cometido, 2) quando o acusado é perseguido pelo clamor público ou 3) quando o acusado é encontrado, em tempo próximo (vizinho) ao delito, com objetos, instrumentos ou armas capazes de gerar a presunção de sua autoria. A redação foi reproduzida pelo Código Sardo-Italiano de 1859-65 com o acréscimo de outra hipótese de perseguição para além da resultante do clamor público: a perseguição do ofendido.

Tal divisão, de acordo com Castelo Branco²⁸, veio de debates acalorados, especialmente porque o “tempo vizinho” – segunda situação – era vago²⁹, com uma amplitude que imporia riscos à segurança jurídica. A atuação dos aplicadores do direito seria desafiada, porquanto a abertura do termo exigia uma observação atenta de cada caso concreto. Com a influência dessas legislações no Brasil, esse impasse foi precedido por outras tensões maiores, que envolveram matéria de prestígio constitucional.

A figura do flagrante delito ganhou, em território nacional, definição segura com o Código de Processo Criminal de 1832. Antes dele, predominavam, desde a legislação colonial, bases conceituais herdadas dos praxistas reinícolas³⁰. Estes viam dois cenários possíveis: quando o delinquente era encontrado no local da infração ou quando, não encontrado, era perseguido pelas autoridades. A Lei de 30 de agosto de 1828 incluiu no rol de perseguidores quaisquer cidadãos do povo³¹.

De certa forma, a inclusão da Lei de 1828 serviu de base para o que o Código de Processo Criminal de 1828 chamou de clamor público na nova divisão. Nesta, havia flagrante nos casos de: 1) encontro do infrator no momento em que estivesse cometendo algum delito ou, por interpretação da doutrina e da jurisprudência, acabasse de tê-lo cometido ou 2) perseguição pelo clamor público. Ao encontrar o infrator nessas circunstâncias, oficial de justiça teria a obrigação de prender, enquanto qualquer outro do povo teria mera faculdade.

Diante de um diploma legal que só previa duas das três situações presentes no Código de Instrução Criminal francês de 1808, a Constituição da República de 1891 instaurou o processo federativo com inspiração no federalismo centrífugo norte-americano. Pela liberdade

²⁸ Ibidem, pp. 25-26.

²⁹ Embora, na França, leis posteriores tenham fixado o limite de 48 horas.

³⁰ BRANCO, Tales Castelo, op. cit., p. 27.

³¹ Ibidem, p. 29.

dada a cada ente federado para criar seu próprio código de processo penal, alguns Estados ampliaram as hipóteses de flagrante, chegando a reproduzir³² por completo as disposições dos códigos francês e italiano supramencionados.

À época, as críticas foram severas por parte da doutrina, entendendo que as ampliações envolviam matéria excluída da competência dos Estados. A tensão só diminuiu com a edição do CPP de 1941. Nele, foram definidas as espécies sobre as quais a flagrância encontra campo até os dias atuais. A inclusão da hipótese de flagrante presumido foi, finalmente, estabelecida em sede de

2.2. Espécies

Expor cada uma das nomenclaturas adotadas pela doutrina seria pretensioso e inviável para uma monografia. O próprio art. 302, do CPP, já serve de campo para uma vastidão de construções terminológicas, cujas sistematizações podem variar de autor para autor. Isso impõe uma seleção cautelosa e substancial das principais ideias e a adoção de referências conceituais que se repetem minimamente em cada fonte. Cuida-se, assim, de trabalhar com o núcleo essencial do que consta em toda a legislação processual relevante ao presente estudo.

O art. 301, do CPP³³, traz a primeira divisão: flagrante facultativo e flagrante obrigatório. A primeira explicita a ampliação do rol de legitimados ativos da prisão em flagrante, sendo possível – facultativo – que qualquer do povo a realize. É particular exercendo, excepcional e transitoriamente, função pública³⁴. A segunda consiste na incumbência atribuída às autoridades policiais e seus agentes, verdadeira obrigação legal – dever de agir, sendo eventual omissão passível de responsabilização criminal³⁵, nos termos do art. 13, § 2º, *a*, do CP, e administrativa.

A partir do artigo seguinte³⁶, a doutrina enumera os flagrantes próprio, impróprio e presumido – este pelo inciso IV, esse pelo III e aquele pelos II e I. Os momentos no *iter criminis* são parâmetros indispensáveis, mas não bastam para diferenciar cada modalidade. O legislador traçou outros marcos temporais – demonstrados pelos arranjos dos verbos e dos

³² BRANCO, Tales Castelo, op. cit., p. 31.

³³ Art. 301. **Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão** prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. (sem grifos no original)

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 383.

³⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., p. 1032.

³⁶ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - **está cometendo** a infração penal; II - **acaba de cometê-la**; III - é perseguido, **logo após**, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que **faça presumir** ser autor da infração; IV - é encontrado, **logo depois**, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que **façam presumir** ser ele autor da infração. (sem grifos no original)

adjuntos adverbiais – que fornecem subsídios mais aprofundados e efetivos. A interpretação gramatical permite sua identificação.

Um dos marcos, chamado por Cardozo da Silva³⁷ de começo da atividade segregatória, é o da tomada da atitude voltada a operar a prisão em flagrante. É quando qualquer dos legitimados do art. 301 adota, com objetivo de prender o delinquente – realizar a segregação –, a medida inicial de resposta defensiva ao ilícito manifesto. A atitude de reação, portanto, só pode vir com a manifestação do fato, isto é, a partir do início dos atos executórios, o primeiro dos marcos.

Ressalta o professor que a validade da prisão exige que a atividade segregatória surja até um terceiro marco importante: quando existir situação de intensa e imediata proximidade temporal com o momento de cometimento do delito³⁸. Trata-se de vinculação, sucessão de acontecimentos consequentes ao delito. Se a atividade segregatória se der depois desse marco, não há que se falar em flagrante, independentemente de qual for a modalidade.

É descabido pensar em indicações flamejantes ou ainda ardentes do delito se foi estabelecida uma distância temporal considerável em relação ao fato. Por mais que existam elementos capazes de alavancar uma persecução penal, a via do flagrante fica fechada se o transcurso do tempo impediu que a chama continuasse queimando. O cerne de afastar dúvidas sérias acerca do cometimento do delito é frontalmente afetado se o tempo, desde o cometimento até a reação, estende-se em demasia.

Cardozo da Silva não diferencia os termos “acabou de cometê-la”, “logo após” e “logo depois”, atribuindo-lhes o mesmo significado de proximidade temporal³⁹. Entretanto, nota-se, ao menos do primeiro para com os outros dois, um patamar distinto de imediatismo e relevante para justificar a classificação adotada e amplamente aceita pela doutrina. Antes de detalhá-lo, é mister a compreensão de outro marco temporal.

O quarto marco é o da realização da prisão em flagrante, quando a atividade segregatória obtém sucesso. Dentro do quadro traçado pelo legislador, isso pode se dar desde o marco mais antigo na linha do tempo – início dos atos executórios – e ultrapassar a barreira da intensa proximidade temporal com o fato delituoso.

A atividade segregatória pode, sim, se prolongar até que alcance êxito, sem um termo legal pré-estabelecido. Porém, para não se afastar da qualificação do flagrante, o transpasse só

³⁷ SILVA, Marcelo Cardozo da, op. cit., p. 86.

³⁸ Ibidem.

³⁹ SILVA, Marcelo Cardozo da, op. cit., p. 90.

é autorizado se, concomitantemente, 1) houver fuga ou resistência do infrator à reação iniciada até a barreira da proximidade e 2) a reação não for interrompida.

No flagrante próprio, o agente é pego enquanto está no pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal⁴⁰ – inciso I – ou em estado de absoluta proximidade temporal com o cometimento da prática delituosa – inciso II. Mais do que intenso, o imediatismo do inciso II alcança um patamar tão elevado que o indivíduo sequer saiu da cena do crime⁴¹. A ideia de surpreender o conduzido no ápice da temperatura das evidências ainda prevalece. Nele, a prisão é feita até o limite máximo para o início da atividade segregatória.

O flagrante do inciso III é chamado de impróprio ou quase-flagrante. Diferente da espécie anterior, a prisão aqui é realizada após o limite da proximidade temporal. Trata-se da hipótese de transpasse da atividade segregatória, pois é operada prisão após perseguição de agente resistente ou fugitivo.

Conforme demonstrado, tal perseguição ilustra uma reação que, apesar de imediata e sem solução de continuidade – “logo após” –, não se submete a um critério temporal taxativo de finalização. Nessa categoria se incluem as diligências policiais ininterruptas visando captura e iniciadas logo após a prática do delito⁴². Pouco importa se existiu prova direta, pois a exigência é de situação com elementos capazes de gerar a presunção da autoria.

O inciso IV trata do flagrante presumido, cuja definição é também permeada por presunção legal de autoria, não sendo desarrazoado tratá-lo como um tipo de flagrante impróprio⁴³. Entretanto, não se vislumbra perseguição aliada a situação que sinalize o delito. Antes, os sinais que embasam a presunção são instrumentos, armas, objetos ou papéis encontrados com o indivíduo logo depois da prática delituosa. As provas aqui possuem viés indireto necessariamente.

No flagrante presumido, tanto o início como a conclusão da atividade segregatória se dão dentro do eixo de proximidade temporal com o delito. Nessa linha, é nítida a similaridade do “logo após” com o “logo depois”, com a ressalva de que o primeiro se aplica ao início da perseguição – quando a realização da prisão se posterga – e o segundo ao encontro do agente – que praticamente coincide com a realização da prisão. Conforme Renato Brasileiro⁴⁴, a diferença é a existência ou não da perseguição.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559644568, p. 676. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644568/>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁴¹ *Ibidem*, p. 677.

⁴² BRASIL. STJ, **HC 163.772/MG**, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe 02/08/2010.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 677.

⁴⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro, *op. cit.*, p. 1035.

Importante, ainda, a confirmação feita pelo art. 303, do CPP, do estado de flagrância enquanto não cessar a permanência de um delito. Os crimes permanentes, cujo momento consumativo se prolonga no tempo⁴⁵ por determinação do agente – podendo cessar quando este quiser⁴⁶ –, mantêm o agente em flagrante delito se a permanência não cessar. O “está cometendo” do art. 302, I, se aplica com precisão a esse cenário, pois ocorre persistência na violação ao bem jurídico, sendo mantido o estado antijurídico.

A doutrina se divide quanto à aplicação paralela dessa lógica à habitualidade dos crimes habituais. O posicionamento majoritário⁴⁷ não considera possível o flagrante para tais delitos, por serem, necessariamente, compostos pela compilação de atos – cada um destes, se considerado isoladamente, configura indiferente penal. Entretanto, não é inviável, pelos ensinamentos de Mirabete⁴⁸, a hipótese de prisão em flagrante quando indivíduo é surpreendido na prática do ato e em situação que apresente provas cabais de habitualidade.

Em relação a outras modalidades de flagrante previstas pelos estudiosos – prorrogado, forjado, provocado e esperado, por exemplo –, o momento de análise da Lei 11.343/2006, ainda neste trabalho, servirá de campo propício para sua exposição.

2.3. Fases

Um tópico voltado para as fases tem sua importância por reforçar a prisão em flagrante como ato complexo⁴⁹, isto é, composto pela conjugação de vários atos com formalidades dispostas em lei. Há uma fase inicial de viés administrativo – destacada pela prisão-captura, lavratura do auto de prisão em flagrante e prisão-detenção – e uma segunda de viés judicial, quando se realiza a análise do ato pelo juiz.

A prisão-captura é o fim da atividade segregatória. Após ela, o agente deve ser conduzido para a autoridade competente, aquela incumbida das funções primordiais de polícia judiciária⁵⁰ na circunscrição onde foi realizada a captura⁵¹. A autoridade tem a incumbência,

⁴⁵ JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito Penal 1 - parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553619849, p. 226. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 - Partes Geral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555590333, p. 139. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>>. Acesso em: 04 jan. 2023.

⁴⁷ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 263.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 392.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 961.

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 393.

⁵¹ Inexistindo autoridade policial no local, o art. 308, do CPP, determina que o preso seja apresentado à do local mais próximo.

pelo art. 306, do CPP, de comunicar, de imediato⁵², a prisão ao juiz competente, ao Ministério Público, à família do preso ou à pessoa por este indicada. Outrossim, é responsável por presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante, a ser encaminhado ao magistrado em até 24 horas da segregação, sob risco de responsabilização por abuso de autoridade⁵³.

Por consistir na formalização da prisão, o auto documenta os fatos e ela relacionados e preserva os elementos de prova⁵⁴. Renato Brasileiro⁵⁵ elucida que sua utilidade engloba, como modalidade de *notitia criminis*, servir de peça inicial para o inquérito policial.

O processo que culmina com a lavratura está previsto no art. 304, do CPP: há oitiva do condutor – com colheita de sua assinatura desde logo e entrega, a ele, de cópia do termo e do recibo de entrega do preso –, oitiva das testemunhas que acompanharam o condutor (presenciais) ou testemunharam⁵⁶ a apresentação do conduzido à autoridade e interrogatório deste acerca da imputação.

Ato contínuo, colhidas todas as demais assinaturas⁵⁷ e observada a determinação do art. 304, § 4º, do CPP, o auto é lavrado. Se, conforme o art. 304, § 1º, do CPP, a suspeita contra o conduzido resultar fundada, opera-se a prisão-detenção, permanecendo o autuado recolhido. No mesmo prazo de 24 horas para encaminhamento do auto ao juízo, deve ser encaminhada cópia integral à Defensoria Pública, nos casos de o autuado não informar nome de advogado, e entregue o recibo da nota de culpa.

A prisão-detenção não se aplica quando o autuado livra-se solto ou presta fiança. Atribui-se à autoridade policial a possibilidade de arbitrar fiança nos crimes com pena máxima de até 4 anos. Nessa situação, prevista no art. 322, do CPP, o indivíduo que paga a fiança arbitrada não fica em cárcere. Ademais, é dado a essa autoridade o poder de realizar o que Fernando Capez⁵⁸ chama de juízo de valor negativo da prisão: quando o delegado decide não recolher o autuado se não vislumbra fundada suspeita contra o conduzido.

O autuado fica preso até a audiência de custódia⁵⁹. Entrevista realizada perante a autoridade judicial, a audiência de custódia permite que o preso seja ouvido acerca das

⁵² Não se ignore o fato de que, normalmente, a comunicação se dá com o encaminhamento ao juízo do auto de prisão em flagrante.

⁵³ Art. 12, da Lei 13.869/2019.

⁵⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., p. 1026.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Estas convocadas quando não existirem testemunhas presenciais.

⁵⁷ Sendo possível a substituição da assinatura do autor pela de outras duas testemunhas nas hipóteses do art. 304, § 3º, do CPP.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620704, p. 128. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>>. Acesso em: 06 jan. 2023.

⁵⁹ O dispositivo que fixa o prazo para sua realização teve sua eficácia suspensa por determinação do Ministro Luiz Fux, em liminar na ADI 6.305/DF.

circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão⁶⁰. Ela inaugura a fase judicial da prisão flagrante e demanda que o magistrado observe o disposto na Resolução 213, do CNJ, a qual possui implicações constitucionais valiosas, objeto de trato no tópico 3.

Por ocasião da audiência, na presença do advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e de membro do Ministério Público, o juiz poderá: em caso de ilegalidade, relaxar a prisão e, em cenário de legalidade, homologá-la⁶¹. Com a homologação, ele concederá liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretará – em conversão do flagrante, para manter o encarceramento – prisão preventiva.

Em se tratando de decisão que mantenha o encarceramento, é exigido que 1) estejam presentes as condições do art. 312, do CPP, e 2) se demonstrem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Para tal decisão, a doutrina adiciona a necessidade de provocação, seja por representação da autoridade policial seja por requerimento do Ministério Público. Considera-se viciada a decretação, de ofício, pelo juiz de acordo com premissas do sistema acusatório⁶².

3. Encaixe constitucional e principiológico

O desfecho de um capítulo relacionado a um instituto não pode ser outro senão o voltado às lentes que norteiam sua aplicação no ordenamento. A CF consagrou preceitos fundamentais que servem de vetor interpretativo para os aplicadores do direito e criativo para toda fonte normativa. Pela supremacia da Constituição intrínseca ao Estado Democrático de Direito, a Lei Maior dita os termos em que o poder é exercido e funciona como mecanismo de coesão de todas normas, impondo-lhas dever de observância e fidelidade.

Como o foco deste trabalho não se direciona ao direito constitucional e nem à teoria por trás dos princípios, priorizou-se uma exposição sintética dos conceitos de maior relevância para a prisão em flagrante. Exposto o diálogo básico entre noções do flagrante delito e a ordem constitucional, o objetivo é alcançado. As principais bases são lançadas no art. 5º, da CF, justificando que sejam pontuados os seus incisos.

O inciso XI inclui o flagrante delito como uma das ressalvas à inviolabilidade do domicílio, podendo a casa ser invadida, a qualquer hora e sem mandado, para concretização da prisão. Outra exceção é feita no inciso LIV, mostrando que a privação de liberdade sem o

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza, op. cit.

⁶¹ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 267.

⁶² Ibidem, p. 268.

devido processo legal é possível, desde que não haja finalidade punitiva, penal. Ora, o viés de condenação ganha vida após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O renomado princípio da não culpabilidade é a categorização dada ao ilustrado acima a partir do inciso LVII. É fato que o prazo de 24 horas⁶³ para encaminhamento dos autos ao magistrado demonstra a urgência em se avaliar a manutenção do encarceramento. Isso só reforça seu caráter excepcional, uma vez que se está diante de sujeito inocente, o qual não pode ser tratado como condenado.

Outro ponto importante é a verificação do respeito à integridade física e moral do preso, direito tratado no inciso XLIX. Ela é feita na audiência de custódia, procedimento que prestigia diversas outras disposições constitucionais. Ao dar ciência do direito do preso de permanecer em silêncio e indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos e que possam constituir eventual imputação – ambos deveres previstos na Resolução 213, do CNJ⁶⁴ –, o magistrado prestigia o princípio da não autoincriminação, observando o inciso LXIII.

A comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, está prevista no inciso LXII, mostrando a repercussão para o dever da autoridade policial no momento em que o conduzido lhe é apresentado. Conjugado com o inciso seguinte, é explícito o escopo de tal comunicação de possibilitar que o preso goze de assistência da família de advogado. Nota-se que a informação dos direitos do preso é devida tanto no primeiro contato com a autoridade policial competente como na audiência de custódia⁶⁵.

Ainda, o direito de identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial, exposto no inciso LXIV, encontra na nota de culpa uma aplicação perfeita. Nas lições de Capez⁶⁶, por ser assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas, a nota de culpa comunica ao preso o motivo da prisão, bem como a identidade de quem o prendeu.

O inciso subsequente, por sua vez, explicita o relaxamento da prisão ilegal, justamente a medida permitida quando do encaminhamento ao juízo do auto da prisão em flagrante, em virtude de o ato seguinte ser a audiência de custódia. Embora parte da doutrina fale em relaxamento feito pela autoridade policial na hipótese de inexistir fundada suspeita contra o preso, o termo juízo de valor negativo⁶⁷ continua mais adequado e fidedigno com a CF.

⁶³ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 127.

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza, op. cit.

⁶⁵ SILVA, Marcelo Cardozo da, op. cit., p. 132.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 127.

⁶⁷ Ibidem, p. 128.

CAPÍTULO II. O TRÁFICO DE DROGAS E O FLAGRANTE

1. Antecedentes

A Lei 11.343/2006 envolveu em sua estrutura um vasto projeto de disciplina às infrações atreladas a entorpecentes no Brasil. Assuntos de política criminal e de processo penal adquiriram maior especificidade com o diploma, que revogou expressamente a Lei 10.409/2002 e a Lei 6.368/1976.

A construção da política criminal de drogas remonta ao estudo dos antecedentes. Para fora do aspecto da valoração social ou da origem dos discursos criminalizadores, busca-se identificar o senso de combate às práticas delinquentiais ilustrado em cada legislação até chegar no regramento atual. Como aponta Salo de Carvalho⁶⁸, a análise axiológica acerca do início do processo criminalizador tende a ser vã, pois sua índole moralizadora constrói um objeto de estudo volátil, fluido, inconfessável e indeterminado.

Já nas Ordenações Filipinas o uso, o porte e o comércio de entorpecentes eram proibidos, existindo menções a rosalgar, poções venenosas de solimões e ópio. O Código Criminal de 1830 foi silente no trato, porém o Regulamento de 1851⁶⁹ dispôs, ainda que genericamente, a respeito da polícia sanitária e tratou da venda de substâncias medicinais e medicamentos.

Depois, o Código republicano de 1890 regulamentou os delitos contra a saúde pública⁷⁰, criminalizando, em seu art. 159, a exposição à venda e a ministração de substâncias venenosas sem autorização e em desacordo com os regulamentos sanitários. Tomava-se um passo de robustez normativa da matéria.

No entanto, emergiu, no Brasil, uma onda de toxicomania emergente na primeira metade do século XX. O aumento no consumo de ópio e haxixe reproduziu algo parecido com o que se via na Europa. Greco Filho e Rassi⁷¹ alertam que, à semelhança do que acontecia em Paris, São Paulo virou sede de um clube de toxicômanos. Tudo isso impôs, inclusive com base em modelos internacionais, uma série de atos normativos de reação.

Como resposta, o Poder Público construiu, por decretos e decretos-leis, um sistema de gestão repressiva. Com ela, o termo “substâncias entorpecentes” substituiu as antigas “substâncias venenosas”, previram-se penas carcerárias, criou-se a Comissão Nacional de

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502638334, p. 46. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/>>. Acesso em: 17 jan. 2023.

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Histórico-drogas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>>. Acesso em: 18 jan. 2023.

⁷⁰ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 48.

⁷¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, op. cit.

Fiscalização de Entorpecentes⁷² – órgão protagonista no estudo, criação de normas repressivas e fiscalização – e foi ampliado o rol de condutas do supramencionado art. 159⁷³. Além disso, a Convenção de Genebra, de 1936, inspirou a enumeração das substâncias proibidas no Brasil.

Em 1940, o Código Penal manteve a proposta e, no art. 281, trouxe nova roupagem típica ao tipo do art. 159 do diploma antigo. Lançou-se a denominação de crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes. Na redação original:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I – instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II – utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Das alterações posteriores, destaca-se a da Lei 5.726/1971, quando se previu procedimento criminal diferenciado para os crimes relacionados aos tóxicos. O novo dispositivo ainda fez questão de dedicar um capítulo para a prevenção e outro para recuperação dos infratores viciados. O paradigma, até então muito centrado na repressão, ganhou novos contornos, portanto. A atuação estatal passou a ressaltar a importância da educação e da conscientização geral⁷⁴.

A Lei 6.368/1976 revogou boa parte das disposições do dispositivo de 1971, embora tenha mantido a lógica de educação e conscientização. Além de disciplinar o procedimento, ela trabalhou com os crimes e com as penas, revogando o art. 281, do CP. Quanto ao direito material, ela continuou em vigor até a Lei 11.343/2006. Isso porque a Lei 10.409/2002 teve seu capítulo de crimes e penas vetado por diversas impropriedades técnicas. Estas justificaram

⁷² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, op. cit.

⁷³ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 49.

⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, op. cit.

várias outras críticas até no campo processual, a exemplo da exposta por Greco Filho e Rassi em relação ao duplo interrogatório⁷⁵.

De tanta turbulência, parecia imprescindível uma legislação que trouxesse uma disciplina mais segura e revogasse tanto a Lei 6.368/1976 quanto a Lei 10.409/2002. Assim, veio a atual Lei de Entorpecentes, que, segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal, consagrou política criminal bifronte, conjugando prevenção e repressão. O tráfico permaneceu combatido, mas o uso indevido – art. 28, da Lei 11.343/2006 –, despenalizado⁷⁶, explicitou foco em políticas públicas de reinserção social.

2. Tráfico de drogas e condutas equiparadas

O cerne desta monografia impôs que se fizesse um recorte dentro dos crimes previstos na Lei 11.343/2006. Embora o flagrante possa atingir a multiplicidade dos delitos da Lei, o conhecimento das características do tipo principal basta para entender as críticas aqui propostas. Por isso, optou-se pela restrição ao disposto no art. 33, *caput* e § 1º, isto é, o tráfico propriamente dito e o tráfico por equiparação⁷⁷. Como ensina Paulo Queiroz⁷⁸, os outros tipos são acessórios, pressupondo, necessariamente, a existência de crime anterior de tráfico.

Nessa perspectiva, também foram selecionadas apenas as características mais relevantes para a problemática trabalhada.

2.1. Características gerais de trato diferenciado

O art. 5º, XLIII, da CF, inclui o tráfico ilícito de entorpecentes entre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Equiparados a hediondos⁷⁹ pelo art. 2º, I, da Lei 8.072/1990, eles também são insuscetíveis de *sursis* e indulto (art. 44, da Lei de Drogas). Embora o texto do art. 44 incluía nas proibições a liberdade provisória e a substituição por pena privativa de direitos, o STF afirmou, por diversas vezes⁸⁰, a inconstitucionalidade dessa inclusão. Os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena não permitem que prevaleça uma vedação em abstrato como essa.

⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, op. cit.

⁷⁶ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 71.

⁷⁷ Os crimes previstos nos arts. 34 a 37 são tratados pela Lei da mesma forma no art. 44, dando ensejo a um enquadramento como tráfico em sentido amplo que não foi incluído no recorte analítico ora exposto.

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op. cit., p. 39.

⁷⁹ Com a ressalva do tráfico privilegiado do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

⁸⁰ BRASIL. STF, **HC 104.339/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6/12/2012; BRASIL. STF, **HC 97.256/RS**, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 16/12/2010.

Dizer que são de delitos de caráter hediondo é considerar as peculiaridades do tratado pelo Estado a quem os comete. Quando a legislação equipara uma infração a crime hediondo, ela explicita uma rigidez maior, uma preocupação maior com o bem jurídico tutelado – a saúde pública⁸¹ – ou, como política pública, qual o grau de importância que se dá ao combate à sua violação. São delitos repugnantes, oriundos de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam repulsa⁸² capaz de justificar trato diferenciado.

Ressalte-se que não se defende aqui a plausibilidade dessa inclinação legislativa. As críticas feitas em ensaios como o coordenado por Luiz Regis Prado⁸³ mostram que os parâmetros proibicionistas geraram repressões e regulações deficientes, além de mascararem uma decisão político-criminal arbitrária. Procura-se aqui dissecar a realidade normativa para mostrar sua aplicação prática por quem quer que lide com circunstância infracional. O eixo retórico não pode ser perdido quando da exposição de pontos controvertidos tangentes ao escopo desta monografia.

De todo modo, na Lei de Drogas, esse cuidado fez com que o legislador detalhasse a disciplina. Trata-se de sistemática que não atinge apenas a aplicação ou execução da pena, mas tudo o que vem antes, incluindo o manuseio dos elementos probatórios – ocupantes de um status quase inigualável em importância nos delitos de entorpecentes.

Exemplos disso são as formalidades específicas dispostas para aferição da materialidade – verificação a respeito da ocorrência ou não do crime⁸⁴. Se é descabido que haja delito sem que a substância apreendida se qualifique como droga, são imprescindíveis as formalidades que permitem identificar se há ou não tal qualificação.

É inevitável que o flagrante encontre aqui um campo vasto, pois ele compõe uma gama significativa das hipóteses em que o delito será conhecido, sendo o mais comum primeiro passo para identificação da materialidade. Ora, a situação-modelo⁸⁵ das infrações com drogas envolve a visualização de uma amostra em estado de flagrância. A preocupação com o que, depois, será feito com essa amostra existiu na mente do legislador e é um dos símbolos da sistemática de cuidado – um dos reflexos do envolvimento com a hediondez.

⁸¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86. *Apud* QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 15.

⁸² JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André, op. cit., p. 255.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. ISBN 9788530991586, p. 94. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 457.

⁸⁵ Não se ignora a impossibilidade de configuração de flagrante em alguns dos núcleos dos tipos da Lei. O tangenciamento dessa realidade é proposital aqui e também no capítulo 3, quando é trabalhada a atuação policial.

A qualificação como droga é indispensável para configurar a criminalidade de qualquer das condutas descritas no diploma legal. É droga a substância que se identifica, consoante o art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, com alguma das especificadas em lei ou relacionadas em listas de atualização periódica pelo Poder Executivo da União⁸⁶. Identificada nessa condição, a substância é desautorizada, de modo que sua comercialização – e as demais práticas enquadradas como tráfico – representam o “desacordo com determinação regulamentar”⁸⁷ mencionado nas tipificações.

Na prática, a identificação se evidencia quando se detecta, na amostra, o princípio ativo de alguma das substâncias enumeradas causadoras de dependência. A aplicabilidade dos tipos demanda, assim, complementação em seus elementos objetivos. Esta se dá por fonte normativa distinta do Poder Legislativo, caracterizando norma penal em branco própria.

O caráter de crime de perigo abstrato, inferido da Lei de Entorpecentes, também casa com a sistemática legislativa de cuidado. Com o perigo abstrato, é desimportante, para o resultado jurídico, a existência tanto da lesão como da real exposição do bem jurídico tutelado a perigo. Há presunção absoluta (*iuris et de iure*) de perigo de lesão, ainda que, efetivamente, ele não se demonstre. Como ressalta Renato Brasileiro⁸⁸, o legislador seleciona, por análise empírica, grupos ou classes de ações que levam consigo indesejado perigo ao bem jurídico.

A princípio, o perigo abstrato impediria a aplicação do princípio da insignificância. Este, ao excluir a tipicidade material de condutas que gerem relevante lesão ou perigo de lesão, leva em conta o resultado concreto da ação. Ocorre que os crimes de perigo abstrato não levam em consideração o efeito concreto, antes, presumem a violação independentemente da intensidade em que ela tenha se dado.

⁸⁶ Lista consta na Portaria 344/1998, do Ministério da Saúde, atualizada periodicamente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

⁸⁷ Existe ressalva prevista na própria Lei: “Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, **ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar**, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Parágrafo único. **Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo**, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.” (sem grifos no original)

⁸⁸ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada – Volume Único**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 1025.

O STF e o STJ pareciam, apesar de alguns precedentes contrários⁸⁹, reforçar esse raciocínio⁹⁰. Os próprios parâmetros da mínima ofensividade da conduta do agente, da falta de periculosidade social da ação, do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e da inexpressividade da lesão jurídica provocada fixados pelo STF traziam inaplicabilidade ontológica para o perigo abstrato. Como, por exemplo, falar de falta de uma periculosidade se esta é presumida pela lei?

Entretanto, em decisões recentes do STF se adotou um direcionamento distinto. A Segunda Turma, no julgamento do AgRg no HC 202.883/SP, ordenou trancamento de processo penal em virtude de insignificância de conduta no crime de porte de entorpecentes para consumo pessoal. A quantidade de 1,8 g de maconha, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, enquadrava-se nos parâmetros para a aplicação do princípio e ignorá-la seria também violar os princípios da ofensividade e da proporcionalidade.

Antes disso, a mesma Turma já havia vislumbrado, no julgamento do HC 127.573/SP, a aplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas, quando a comercialização de 1 g de maconha, por ser tão pequena a quantidade, não seria capaz de lesionar ou colocar em perigo a saúde pública. Nessa ocasião, diferentemente do ocorrido no julgado supra, o Min. Gilmar Mendes era o relator e não mero redator.

Cleber Masson e Vinicius Marçal⁹¹ elucidam que o voto do Min. Gilmar Mendes, no HC 127.573/SP, abriu uma vala para uma crítica mais robusta, em âmbito jurisprudencial, à presunção absoluta de risco de dano nos crimes de perigo abstrato. Para o Ministro, a falta de demonstração da clara possibilidade de risco caracteriza, sob a ótica do princípio da ofensividade, conduta sem tipicidade material. O afastamento do princípio no perigo abstrato não seria, assim, por impossibilidade dogmática, mas por decisão político-criminal arbitrária⁹².

Quanto ao resultado jurídico, portanto, lançou-se um estímulo mais intenso para que as Cortes reconheçam a atipicidade material nas condutas delituosas que envolverem

⁸⁹ BRASIL. STJ, **HC 8.707/RJ**, Rel. Min. Vicente Leal, DJe 21/09/1999, em que a quantidade ínfima da droga apreendida, aliada à falta de prova de tráfico, foi vista como à míngua da lesão ao bem jurídico tutelado, consistindo em irrelevante penal. Nesse sentido, também: BRASIL. STJ, **REsp 154.840/PR**, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJe 06/04/1998.

⁹⁰ BRASIL. STF, **HC 9.777/MS**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22/11/2010; BRASIL. STJ, **AgRg no REsp 1.637.113/SP**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/04/2017; BRASIL. STJ, **EDcl no HC 463.656/SP**, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/10/2018.

⁹¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book. ISBN 9786559645602, p. 86. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

⁹² *Ibidem*.

quantidades irrisórias de droga⁹³. A possibilidade já vista como plena por não escasso amparo doutrinário⁹⁴ foi reforçada por teses bem incisivas no âmbito da Corte Maior.

Entretanto, o resultado naturalístico é irrelevante nos delitos da Lei de Drogas, havendo consumação já com a prática de qualquer dos verbos descritos. Esse aspecto atrairia as classificações de crime formal ou de mera conduta, a depender, respectivamente, da menção – ou mera menção, já que o resultado é inexigível nos dois casos – ou não, no texto legal, da modificação no mundo exterior. Paulo Queiroz⁹⁵, todavia, aponta a classificação de crimes de mera conduta como a adequada para o tráfico e afins.

2.2. Externalidades facilitadoras

As demais características, se não reforçam a sistemática diferenciada, ao menos facilitam a atuação do operador do flagrante, por revelarem o que ele encontrará no contato visual com as condutas envolvendo os tóxicos. O juízo de imputação da atividade segregatória é, sim, simplório dada a distância da esfera judicial, porém um conhecimento mínimo dos aspectos basilares que atraem a pecha de crime não acrescenta dores e não se dispensa.

Pela máxima do *nulla poena sine culpa*, é necessária, para a punição, uma vinculação psíquica do agente com a conduta criminosa⁹⁶, um nexos subjetivo, nas palavras de Nelson Hungria⁹⁷, a ser averiguado *in concreto*. É o elemento subjetivo consistente na voluntariedade do comportamento. Pela concepção finalista, as ações humanas se dirigem a um fim, de modo que uma conduta só se torna penalmente relevante se presente o aspecto volitivo que deu causa à sua exteriorização.

Quanto ao resultado antijurídico, entretanto, exige-se do agente 1) vontade livre e consciente – diretamente ou consentindo com o seu previsto advento⁹⁸ – ou 2) inescusável inadvertência ou imponderação relativa à sua superveniência, sem a desejar. O segundo caso – culpa – é excepcional, só permitindo punição por previsão legal expressa⁹⁹. Ambos devem ser demonstrados pela acusação, sendo inadmissível, conforme exposição de Badaró¹⁰⁰, sua presunção.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Como em CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 347, e em QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op.cit., p. 45.

⁹⁵ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op. cit., p. 40.

⁹⁶ Isto é, a ação ou omissão que deu causa ao ilícito.

⁹⁷ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 112.

⁹⁸ Ibidem, p. 114.

⁹⁹ Conforme o art. 18, parágrafo único, do CP.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 308.

O primeiro cenário – dolo como elemento subjetivo – é o que predomina nos tipos da Lei, à exceção disposto no art. 38, o crime da prescrição culposa da droga. Cada um dos elementos que compõem a descrição da violação ao bem jurídico deve, assim, ser visto como desejado e conhecido pelo infrator¹⁰¹. O erro sobre elemento constitutivo (erro de tipo), de acordo com o art. 20, do CP, exclui o dolo e, por conseguinte, nos crimes sem previsão expressa de modalidade culposa, afasta a relevância penal da conduta, inexistindo fato típico.

Ainda, os delitos dolosos da Lei de Drogas, via de regra, são crimes comuns. O mandado constitucional de criminalização não exigiu uma característica especial do sujeito ativo e a descrição da Lei 11.343/2006 tampouco o fez. O agente não precisa se enquadrar em qualquer condição jurídica, profissional ou natural pré-concebida¹⁰² para cometer a maior parte das condutas previstas. Entretanto, Fernando Capez¹⁰³ alerta que condutas como a de prescrever drogas só podem ser praticadas por profissionais autorizados para tal, sendo crimes próprios.

Uma peculiaridade interessante é o fato de que os verbos previstos no crime despenalizado¹⁰⁴ do art. 28, *caput* e § 1º, da Lei de Tóxicos, constam entre os previstos para o tráfico e afins. Nesse caso, quem flagra indivíduo praticando alguma das condutas comuns aos dois tipos, a princípio, se depararia com quadros bem similares, já que o critério de utilização para consumo pessoal não seria tão elucidativo para um leigo.

O art. 28, § 2º, sana tal liame de identidade ao trazê-lo para o campo da análise judicial. O magistrado terá a aptidão que o operador do flagrante não teve para determinar se houve ou não destinação para consumo pessoal. Para isso, atenderá à natureza, à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, à conduta e aos antecedentes do agente.

O auxílio pericial será de importância singular para equipar o juízo no atendimento aos dois primeiros critérios. Se o laudo pericial já seria fundamental para verificação da materialidade¹⁰⁵, aqui ele é fundamental para separar dois crimes totalmente distintos e com implicações de intensidades contrastantes para o sujeito ativo alvo de sanção.

No tópico a seguir, as distinções ficam evidentes.

¹⁰¹ Isso inclui, por óbvio, elementos normativos como o “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 138.

¹⁰³ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. ISBN 9786553620131, p. 312. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620131/>>. Acesso em: 26 jan. 2023.

¹⁰⁴ Nessa linha, entendeu a Primeira Turma do STF quando do julgamento do RE-QO 430.105/RJ.

¹⁰⁵ Serventia que será analisada ainda neste trabalho com a devida diferenciação entre o laudo preliminar e o laudo definitivo.

2.3. Ação múltipla

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Os dezoito verbos dispostos, no *caput*, em enumeração – evidenciada pela conjunção alternativa “ou” – ilustram o chamado tipo misto alternativo. Os preceitos de raciocínio lógico-matemático¹⁰⁶ auxiliam na sua compreensão: o conectivo “ou” é utilizado nas proposições compostas de disjunção inclusiva, cuja veracidade se dá quando ao menos uma de suas proposições componentes é verdadeira.

Logo, a proposição maior será verdadeira tanto quando uma componente for verdadeira como quando todas as componentes o forem. Contudo, se inexistir verdade em todos os componentes da disjunção inclusiva, esta será falsa.

Anote-se, nesse íterim, que o conceito prático de verdade consiste na ocorrência fática, nos exatos moldes, de algo descrito por uma afirmação ou negação. Para o aplicador do direito penal, a verdade que importa, a grosso modo, é a que diga respeito à existência ou não de delito. Assim, logicamente, existirá delito se for verdade – isto é, se ocorrer no campo

¹⁰⁶ ALENCAR FILHO, Edgard de. **Iniciação à lógica matemática**. São Paulo: Nobel, 2002, p. 20.

fático – o que a norma criminalizadora previu em sua descrição típica. Quando se diz, em termos lógicos, que a proposição de um tipo penal é falsa, ressalta-se que o crime não ocorreu.

Um tipo misto alternativo é justamente uma disjunção inclusiva, de modo que haverá o mesmo delito tanto se praticado apenas um núcleo verbal como se praticados todos os núcleos. A presença de múltiplos verbos no caso concreto caracteriza crime único, sendo afastado o concurso de crimes¹⁰⁷. É crime, portanto, de ação múltipla. O legislador mencionou várias hipóteses visando alcançar todas as situações possíveis¹⁰⁸. A comercialização – o “vender” – é apenas uma delas – a redação até realça que a onerosidade não é indispensável.

Pela variedade, não é incomum que a tentativa de uma esteja acompanhada da consumação de outra, tal como ocorre quando o agente tenta “exportar” após “trazer consigo” ou “transportar” a substância¹⁰⁹. Em outros casos, uma conduta pode representar mero exaurimento da outra¹¹⁰, a exemplo de uma preparação de droga a partir de outra que se guardava.

Várias atitudes genéricas foram bifurcadas em atos mais específicos: a promoção de deslocamento em “transportar”, “trazer consigo”, “remeter”, “importar” e “exportar”; a tradição em “fornecer”, “entregar a consumo”, “adquirir”, “vender”; a composição em “preparar”, “produzir” e “fabricar”; a disponibilização em “expor à venda” e “oferecer”; a retenção em “ter em depósito” e “guardar”. “Prescrever” e “ministrar” são medidas características de profissionais da saúde, mas não afastam¹¹¹, necessariamente, a incidência do tipo se sujeito não ligado ao sistema de saúde as realizar.

Destaca-se também o explícito aspecto de permanência das condutas de “expor à venda”, “ter em depósito”, “trazer consigo” e “guardar”. Por previsão do art. 303, do CPP, o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência dessas espécies. O fácil enquadramento de grande parte das demais condutas na qualificação de crime instantâneo mostra que é mais dificultoso o flagrante para o tráfico em geral. O relógio começa a correr a partir da pronta consumação: a intensa proximidade temporal com o delito passará rapidamente.

As condutas equiparadas do § 1º reproduzem a tipificação mista alternativa para prolongar a intervenção do direito penal aos atos anteriores ao tráfico. Nos incisos I, boa parte

¹⁰⁷ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op. cit., p. 42.

¹⁰⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada - artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012; São Paulo: Método, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4559-6, p. 100. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

¹⁰⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius, op. cit., p. 61.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Nesse sentido, QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op. cit., p. 42.

dos verbos do *caput* foi reproduzida – assim como a não autorização e o desacordo com determinação legal ou regulamentar –, mas com objeto material diverso: matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas. Com as mesmas condições de desautorização, as etapas de plantio são tipificadas pelo inciso II: semeadura, cultivo e colheita de plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação.

O inciso III traz a conduta de utilização de local ou bem de qualquer natureza para fins de tráfico. A variedade se demonstra pela gama de possíveis relações ou poderes exercidos sobre o objeto material: propriedade, posse, administração, guarda e vigilância – qualidades especiais atribuídas ao sujeito que as possui, caracterizando crime próprio. A outra alternativa típica suscita responsabilização também de quem consente com a utilização, um explícito caso de exceção pluralista à teoria monista adotada pelo CP.

Nelson Hungria¹¹² define o fundamento da teoria como a responsabilização de indivíduo praticante de atos que, ao determinarem, instigarem ou facilitarem a consumação ou execução de um crime, não realizam qualquer conteúdo típico. A igual responsabilização – flexibilizada pela atual redação do CP com o “na medida de sua responsabilidade” – só acontece porque o indivíduo, consciente de sua atividade de comunhão com a de outros, quis o crime e não deixou de contribuir para a sua realização¹¹³.

De acordo com o art. 29, *caput*, do CP, quem, de qualquer modo, concorre para a prática do crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Especialmente a segunda conduta do inciso atrairia a responsabilização por participação em tráfico exercido por terceiros, porém o legislador a diferenciou do tráfico¹¹⁴. Por sua vez, a disposição da primeira conduta, de fato, parece desnecessária, algo como uma disposição de passagem do legislador, pois poderia se encaixar com facilidade às condutas do *caput*.

O inciso IV foi incluído pela Lei 13.964/2019. As condutas criminalizadas são a venda e a entrega de drogas ou dos outros objetos materiais mencionados no inciso I – matéria-prima, insumo e produto químico destinados à preparação de drogas – a agente policial disfarçado.

¹¹² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 398.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106. *Apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. 3. ed. re. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book. ISBN 9786559645602, p. 132. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

A figura do agente policial disfarçado, também introduzida pela Lei no Estatuto do Desarmamento¹¹⁵, induz à retomada de reflexões acerca das modalidades de flagrante, porquanto o elemento normativo da presença de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente” lança hipóteses distintas de contato com o ilícito e com detalhamento nos campos doutrinário e jurisprudencial.

2.4. Modalidades alternativas de flagrante ainda não trabalhadas

Ao analisar a atuação policial em face das elementares descritas no art. 33, § 1º, IV, da Lei 11.343/2006, constroem-se dois cenários, um com elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente e um sem os referidos elementos. No primeiro cenário, justamente o do agente disfarçado, visa-se investigação e eventual prisão em flagrante de traficantes pelo crime do inciso IV. O segundo traz um cenário que pode ou não incidir em quadro de ilegalidade, a depender da forma como tenha se dado a construção do flagrante.

O exame dos dois casos, com suas respectivas implicações, foi escolhido por suscitar o aprofundamento em modalidades de flagrante ausentes no art. 302, do CPP. O diálogo com conceitos tão bem ataviados em sede doutrinária vai se demonstrar proveitoso por ampliar as circunstâncias que permeiam a aplicação da legislação de entorpecentes na dinâmica realidade fática.

O agente disfarçado se passa por comprador de drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à sua preparação. Ele se difere do agente infiltrado, previsto no art. 53, I, da Lei de Drogas, como fruto de uma técnica especial de investigação – a infiltração de agentes de polícia – realizada mediante autorização judicial e oitiva do Ministério Público. Ao disfarçado, embora não haja esses requisitos, o diploma legal exige os elementos razoáveis de criminalidade preexistente, isto é, suficientes indicativos de que o infrator tenha realizado a conduta em momento anterior.

O flagrante esperado é perfeitamente aplicável à atuação de ambos os agentes. Nele, segundo Badaró¹¹⁶, a polícia, ciente de que um crime poderá ser praticado, toma as providências para prender quem irá cometê-lo. A ideia é esperar que o indivíduo pratique o delito espontaneamente, sem qualquer induzimento ou instigação. Daí a diferença marcante em relação ao flagrante provocado, no qual a conduta criminosa é estimulada por quem almeja operar a prisão.

¹¹⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555594645, p. 344. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594645/>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 963.

A Súmula 145, do STF¹¹⁷, define como impossível o crime atrelado ao flagrante provocado. O suposto autor se torna protagonista inconsciente de uma comédia¹¹⁸, sendo provocado a cometer um delito cuja consumação é inviabilizada – absolutamente ineficazes os meios, portanto – pela atuação do próprio agente provocador¹¹⁹. A prisão, nesse caso, será ilegal e, com isso, atrairá o relaxamento.

O flagrante diferido é outra modalidade com possibilidade de aplicação tanto para atuação do agente disfarçado como para a do agente infiltrado. Ela se opera quando a polícia adia a realização da prisão com vistas a obter maior detalhamento probatório ou alcançar identificação de todos os possíveis envolvidos em um crime¹²⁰. É normalmente associada à ação controlada, medida útil na investigação de organizações criminosas e que demanda, para retardar intervenção policial ou administrativa, comunicação ao juiz competente¹²¹.

O agente infiltrado funcionará como peça-chave na ação controlada, recebendo autorização do juiz para adotar medidas de retardamento, numa flexibilização expressa de seu dever legal – pelo art. 301, do CPP – de efetivar a prisão em flagrante ao se deparar com um delito. Tudo em prol do melhor desempenho da atividade investigativa.

Logo, a ordem judicial que autoriza a infiltração de agentes afasta o dever legal, ao menos no primeiro momento, do policial infiltrado atuar e intervir ao se deparar com o cometimento de fatos delituosos no âmbito da organização criminosa enquanto ainda estiver ali inserido. Seria um contrassenso conceder a medida para o policial ingressar sigilosa e audaciosamente na composição de uma facção criminosa e esperar que ele atue como agente da lei dentro dessa organização, exigindo que se porte como um herói e colocando sua vida ainda mais em risco, além daquele já imenso da infiltração por si só¹²².

O diferido pode parecer, pela envolvimento com o controle judicial – seja pela comunicação, seja pela autorização –, exclusivo à atuação do agente infiltrado na ação controlada, mas acaba abarcando um escopo maior de hipóteses, desde que a prorrogação se

¹¹⁷ “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

¹¹⁸ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 107. *Apud* QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 32.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 607.

¹²⁰ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op. cit., p. 33.

¹²¹ Por previsão da Lei 12.850/2013: “Art. 8º Consiste a ação controlada em **retardar** a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 1º **O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente** que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e **comunicará ao Ministério Público**.” (sem grifos no original)

¹²² MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 34.

justifique pela melhor colheita de provas ou mais oportuna operacionalização investigativa. Nesse sentido:

Assim, por exemplo, a polícia, embora podendo apreender grande carga de armas e drogas já na fronteira do país, cinge-se a monitorar a ação até a entrega em determinado Estado da federação, quando então realiza a apreensão de armas e drogas e efetua a prisão dos investigados¹²³.

A presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente é elemento normativo para o tipo do art. 33, § 1º, IV, da Lei de Entorpecentes, de modo que sua falta inviabiliza a imputação do tráfico pela venda ou entrega ao policial nos moldes descritos no inciso. Trata-se de conduta equiparada impossível de acontecer na ausência de elementos indicativos anteriores à prática.

Todavia, a falta dos elementos preexistentes não inviabiliza o enquadramento típico, por exemplo, nas outras modalidades permanentes previstas no *caput* do artigo. Nesse caso, não atuando o agente como indutor ou instigador do ato, este se revelará em estado de consumação protraída no tempo – permanência – e, dessarte, em estado de flagrância.

3. Procedibilidade do flagrante na Lei de Drogas

A Lei de Drogas, interpretada em conjunto com o disposto no CPP, é didática na exposição do trâmite da prisão em flagrante. Haverá, conforme os arts. 50, da Lei 11.343/2006, e 306, do CPP, comunicação imediata ao juízo competente sob incumbência primordial da autoridade policial, também encarregada da lavratura do auto de prisão em flagrante. Esse documento, relembra-se, é formalizador da prisão e deve ser encaminhado ao magistrado em até 24 horas da realização do encarceramento, com a obrigatoriedade – prevista na Lei – de que o juiz dê vista ao Ministério Público.

Para que o auto seja lavrado e cumpra suas finalidades de documentação e preservação dos elementos de prova, a materialidade do crime deve ser atestada. A prisão cautelar não pode se dar sem que haja *fumus commissi delicti*. Nos delitos não transeuntes – delito que deixa vestígios¹²⁴ – como o tráfico e afins, o art. 158, do CPP, o exame de corpo de delito é indispensável para atestar a materialidade, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

O exame de corpo de delito próprio para os crimes da Lei de Drogas é o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga. Chamado também de laudo preliminar, ele é condição de validade do flagrante, sendo nulo o auto lavrado em sua ausência¹²⁵. O próprio

¹²³ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, op. cit., p. 33.

¹²⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius, op. cit., p. 98.

¹²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 762.

STJ¹²⁶ o coloca como condição de procedibilidade para a apuração da prática criminosa e reconhece a inadmissibilidade da prisão em flagrante sem o documento.

Contudo, tal atestado de materialidade reveste-se de falta de rigor técnico, fator que lhe impõe feição provisória¹²⁷. Ou seja, seus efeitos alcançam tudo o que será feito no processo – já que a materialidade compõe, juntamente com a autoria, a justa causa¹²⁸, escopo da ação penal – até a elaboração do laudo definitivo.

De natureza meramente informativa¹²⁹, o laudo de constatação permite uma filtragem mínima, sem técnicas muito aprofundadas. Tanto é assim que o legislador levanta a possibilidade de que seja feito por pessoa idônea, alternativa nos casos de falta de perito oficial. O critério foi menos rígido do que o disposto no art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, para o corpo de delito. Lá, a alternativa consistiria em duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de nível superior, preferencialmente na área específica relacionada à natureza do exame.

Conforme explica César Dario Mariano da Silva¹³⁰, o procedimento é bem simplista: normalmente se empregam reagentes químicos que, deixando a amostra de determinada cor, indicam a presença de grupos funcionais característicos de entorpecentes, não sendo incomuns outras averiguações visuais, táteis ou olfativas. Ademais, muitos dos referidos narcotestes são pré-fabricados.

A quantidade tem sua importância também, mesmo que a jurisprudência apresente oscilações na interpretação quanto às repercussões para eventual atipicidade material. Fato é que, juntamente com a natureza, a quantia é útil para o dizer do direito pelo aplicador no caso concreto. Ambas, constantes no laudo, são de grande relevância para que o magistrado analise questões não restritas ao enquadramento típico.

Outrossim, ressalta-se tal serventia para além da lavratura do auto da prisão em flagrante. O laudo preliminar também é condição de procedibilidade para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, pois caracteriza a justa causa necessária ao seu recebimento. Trata-se de uma força instrutória ímpar, influenciando toda a persecução penal, estando somente o ato processual da sentença fora dessa zona de influência – o ordenamento exige laudo definitivo para essas situações¹³¹.

¹²⁶ BRASIL. STJ, **HC 342.970/RJ**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/02/2016.

¹²⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, op. cit., p. 266.

¹²⁸ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 101.

¹²⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, op. cit., p. 266.

¹³⁰ SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 196.

¹³¹ SILVA, César Dario Mariano da, op. cit., p. 196.

O laudo definitivo, por seu turno, objetiva solucionar a materialidade provisória, fornecendo-lhe certeza no lugar da precariedade. Nele, torna-se definitiva a constatação da natureza da substância. Prova testemunhal e confissão são incapazes de supri-lo na averiguação da materialidade¹³². Ele tem de constar nos autos até o momento imediatamente anterior à sentença, isto é, até a audiência de instrução e julgamento, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado¹³³.

Seu peso é tamanho que tem o condão de sanar eventuais irregularidades da elaboração do laudo preliminar¹³⁴ e só pode ser efetuado por perito oficial, em instalações laboratoriais adequadas.

O conjunto de procedimentos que compõem a sua realização indica um rigor científico apurado. A estrutura exigida prevê, entre outros aspectos, histórico dos fatos motivadores do requerimento pericial, descrição dos objetos periciados e dos reagentes químicos empregados, resposta aos quesitos formulados pela autoridade e conclusão que sintetize os resultados obtidos¹³⁵. O perito trabalha minúcias acerca dos métodos empregados. Monta-se um verdadeiro dossiê, com descrições técnicas da operacionalização de cada amostra.

¹³² BRASIL. STJ, **HC 350.996/RJ**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 29/08/2016.

¹³³ BRASIL. STJ, **PExt no HC 399.159/SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/05/2018.

¹³⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, op. cit., p. 98.

¹³⁵ BARBOSA, Livio César Feitosa. **A relevância dos laudos preliminar e definitivo de detecção de substância entorpecente e suas repercussões no âmbito dos processos relativos aos crimes de tráfico de drogas**. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

CAPÍTULO III. AS CONTROVÉRSIAS HERMENÊUTICAS NAS CORTES

1. Restrição à inviolabilidade domiciliar

O art. 5º, XI, da CF, dispõe, de forma expressa, acerca da inviolabilidade do domicílio. Trata-se de direito fundamental que, como explica Dinorá Musetti Grotti¹³⁶, proíbe a intrusão material em habitação privada¹³⁷. Tendo como precursor normativo relevante¹³⁸ a proteção contra buscas domiciliares arbitrárias fixada no art. X, do *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776, ele protege o direito à propriedade, a segurança individual e a personalidade do indivíduo¹³⁹. Sua violação é criminalizada nos arts. 150, do CP, e 22, da Lei 13.869/2019.

Como outros direitos fundamentais, a inviolabilidade não possui caráter absoluto. Se o caso concreto exigir compatibilização, em face da colisão com outros direitos fundamentais, surgirá a imposição de limites. Estes permitirão que o aplicador ou intérprete do direito realize juízo de ponderação e observe, concomitantemente, todos os direitos envolvidos, embora um seja aplicado em detrimento de outros. É o que prevê a chamada teoria externa sobre a relação entre direito e restrição¹⁴⁰.

Busca-se, ainda, que a limitação se assente no princípio da proporcionalidade e, ao ser implementada, preserve o núcleo essencial de cada direito consagrado em sede constitucional. Existe uma parcela mínima do direito fundamental que não pode ser suprimida, sob pena de reconhecimento de que houve violação ao todo dele¹⁴¹. Isso significa tanto não eliminar a eficácia global do direito fundamental – teoria objetiva – como não esvaziar o seu significado para quem o titulariza – teoria subjetiva¹⁴².

No ordenamento jurídico, a CF lançou mão da técnica de limitação expressa do direito à inviolabilidade domiciliar. Dentre as restrições previstas, encaixa-se a hipótese do flagrante delito, pelo qual o ingresso é permitido, independentemente de autorização judicial, a

¹³⁶ GROTTI, Dinorá Musetti. Inviolabilidade de domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 87. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 296.

¹³⁷ Pelo conceito amplo respaldado pelo STF – HC 82.788/RJ e outros – casa inclui qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

¹³⁸ MARTINS, Leonardo. Art. 5º, XI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; et al. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. ISBN 9788553602377, p. 303. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 296.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 198.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. ISBN 978655596700, p. 209. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655596700/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 459.

qualquer hora do dia ou da noite. É uma excludente de ilicitude¹⁴³ prevista para os crimes de violação tanto em sede constitucional como nas respectivas legislações que tratam do tema.

A contrario sensu, o ingresso, sem autorização judicial, que se der fora do caso de flagrante e dos outros previstos no inciso XI, será arbitrário e eivado de ilegalidade. O grande debate que emerge diz respeito à configuração do que seria o flagrante justificador da invasão: qual é o critério de identificação? Como demonstrá-lo? Quando ele deve ser observado?

Todas são perguntas que a doutrina e a jurisprudência tem se esforçado para responder. Elas obrigam qualquer operador do flagrante – particular ou agente estatal – a redobrar seu cuidado, dado o risco de incidir em irregularidades.

1.1. As posições da doutrina

A interpretação restritiva da restrição à inviolabilidade, se acompanhasse a tendência do constituinte de 1988, se proporia a restringir o flagrante justificante aos casos de flagrante próprio. Entretanto, nomes influentes na doutrina se posicionam pela possibilidade de aplicação de qualquer das outras modalidades de flagrante previstas no art. 302, do CPP. Nessa linha:

Qual o sentido da expressão *em caso de flagrante delito*? Tendo em vista que a Constituição restringiu, mais ainda, a entrada em casa alheia, quer-nos parecer que a expressão refere-se à hipótese de flagrante próprio, isto é, quando alguém, no interior de uma casa, está cometendo infração penal. Contudo, não podia o legislador constituinte ignorar o amplo conceito de flagrante, tal como se vê nos incs. I, II, III e IV do art. 302 do CPP¹⁴⁴.

Razoável entendimento, pois parece descabido deixar de fora certas situações que saltam aos olhos e compõem uma variedade de demandas que chegam ao Judiciário. Como ignorar casos como o de um traficante que foge da polícia rumo a seu domicílio para se refugiar e impedir o êxito da atividade segregatória? Tal hipótese de flagrante impróprio, se afastada, faria com que o infrator se aproveitasse de sua própria torpeza. Não é objetivo da garantia constitucional garantir a impunidade de crimes¹⁴⁵.

¹⁴³ HOFFMANN, Henrique. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 408.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559771868, p. 74. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

Nos crimes instantâneos, o ingresso forçado para operar a prisão em flagrante encontra vida, por questões de procedibilidade, nos casos de perseguição¹⁴⁶ – flagrante impróprio, art. 302, III, do CPP. A viabilidade legal das outras espécies de flagrante, nesses crimes, exigiria do operador esforço hercúleo ou harmonia com o acaso, pois seria necessário que a invasão coincidissem com 1) a visualização da infração penal sendo praticada (art. 302, I, do CPP) ou acabando de ser praticada (art. 302, II, CPP) ou 2) o encontro do agente com instrumentos indicativos de prática das condutas instantâneas (art. 302, IV)¹⁴⁷.

Nos crimes permanentes, por outro lado, há substrato perfeito para que todas as espécies de flagrante – com a ressalva, aplicada nos mesmo moldes mencionados acima, do flagrante presumido – se operem para justificar o ingresso em domicílio. A atividade do operador do flagrante torna-se menos dificultosa quando a consumação do delito se prolonga no tempo e, com isso, mantém o estado de flagrância. Por isso, o escopo dos principais debates quanto à entrada forçada gira em torno dos crimes permanentes, para afastar o juízo de futurologia que seria necessário para boa parte dos flagrantes em crimes instantâneos.

Que o flagrante é identificado pela visualização concomitante da prática delituosa – ou absolutamente imediata a esta – ou pelo estado de intensa proximidade temporal entre tal prática e o início da atividade segregatória não há dúvida. A dúvida é, na verdade, quanto ao grau de certeza da flagrância. Nesse ponto, a doutrina se divide, conforme exposição e seleção de autores feita por Henrique Hoffmann¹⁴⁸, em três posições.

Pela primeira delas, somente a certeza visual, sob a perspectiva da via pública – fora do domicílio, portanto –, de que o delito está ocorrendo autoriza a entrada. A situação de suspeita não basta como justificativa. Antes, a suspeita se amolda, com precisão, às hipóteses para as quais é necessária autorização judicial, após pedido de busca domiciliar. Nos demais casos, o pedido não é exigível, seja por não existir sequer suspeita, seja por haver certeza do crime, para o que se permite entrada por disposição constitucional expressa¹⁴⁹.

A segunda posição enxerga a regularidade no ingresso se existirem fundadas razões prévias de flagrância. A probabilidade, anterior à entrada e lastreada em elementos objetivos, já basta para constituir justa causa. Não é certeza, mas um juízo de visibilidade provável, mais

¹⁴⁶ Isto é, perseguição operada dentro do limite temporal para início da atividade segregatória, na forma descrita no Capítulo I. Nada tem a ver com perseguição, tratada no tópico 2.4, de veículo que não para em abordagem policial.

¹⁴⁷ Ressalta-se que a pescaria probatória – tratada ainda neste capítulo – é vedada, tornando o encontro, em plenas condições de legalidade, ainda mais dificultoso.

¹⁴⁸ HOFFMANN, Henrique. **Contornos da busca e apreensão na persecução criminal garantista**. Direito – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2018, p. 34.

¹⁴⁹ MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

seguro do que uma mera suspeita, por estar fundamentado em subsídios concretos. Assim explica Ruchester Marreiros Barbosa¹⁵⁰:

Tais critérios de conhecimento prévio são aqueles que levariam uma pessoa em **circunstâncias razoáveis (não se exige certeza absoluta)** a crer que precisaria agir imediatamente para prevenir um mal a alguém ou fazer cessar um crime em andamento, pelo qual tomou conhecimento e faz com que o agente creia estar em curso, ainda que posteriormente se constata o contrário, sendo plenamente possível a hipótese de estrito cumprimento do dever legal putativo. (sem grifos no original)

Por fim, a terceira vertente permite a entrada assente em meras suspeitas de que o crime está acontecendo dentro do domicílio. É juízo interno e subjetivo de probabilidade que reinava nos tempos do Regime Militar¹⁵¹, quando suspeitas acarretadas por denúncias anônimas autorizavam ingressos indiscriminados em residências. Mostra-se incompatível com a sistemática de garantias constitucionais fixadas na CF de 1988.

1.2. As posições do STF e do STJ

No julgamento do RE 603.616/RO¹⁵², o STF firmou a tese de que o ingresso, sem mandado de busca e apreensão e em situação de flagrante delito em crime permanente, só pode se dar com justificativa prévia. Os invasores devem demonstrar a existência de elementos mínimos caracterizadores de justa causa para a medida: fundadas razões de que existe situação de flagrante dentro da casa. Razões essas que serão submetidos a posterior controle judicial.

O entendimento, fixado no Tema 280 em repercussão geral, reforçou a noção de que a falta de indicativos razoáveis de flagrância torna a entrada arbitrária e eiva de nulidade os atos praticados. Ao mesmo tempo que o Min. Gilmar Mendes afirmou não se exigir certeza quanto ao sucesso da medida¹⁵³ – êxito da prisão em flagrante –, ele fez menção aos aspectos que não servem para caracterizar as fundadas razões, a saber, elementos desprovidos de força probatória em juízo, como escritos e delações anônimas, que sequer permitem, se isolados, instauração de investigações criminais.

O Rel. acrescentou que a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. A demonstração das razões pode ser posterior, mas a existência

¹⁵⁰ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e apreensão sem ordem judicial exige justa causa em branco prévia. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/academia-policia-busca-apreensao-ordem-judicial-exige-justa-causa-branco#_ednref6>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹⁵¹ MACIEL, Silvio, op. cit., p. 25.

¹⁵² BRASIL. STF, **RE 603.616/RO**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016.

¹⁵³ O sucesso da medida e a justa causa não guardam relação de dependência entre si. O insucesso não afasta, necessariamente, a justa causa, tampouco responsabiliza penalmente o policial por abuso de autoridade – existe a possibilidade de estrito cumprimento do dever legal putativo, nos moldes supra.

destas tem de ser prévia. Resultado obtido às cegas¹⁵⁴, como um tiro no escuro, configura afastamento da justa causa. Em outras palavras, o STF se aproximou do defendido pela segunda vertente doutrinária supracitada.

O STJ também possui diversos precedentes se filiando à máxima da incapacidade da mera intuição para assinalar justa causa. Não só isso: se a questão do consentimento do morador não foi tratada no julgado supra do STF, o HC 598.051/SP¹⁵⁵ serviu de sede para que o STJ só permitisse a invasão sem mandado judicial e perante a autorização do morador se esta fosse filmada e, se possível, registrada em papel. Ficaria a cargo dos que atuam em nome do Estado demonstrar que havia clara situação de comércio de drogas em curso no interior da residência ou inequívoco consentimento para a entrada.

À tese consignada na ocasião, a Quinta Turma fez coro no HC 616.584/RS¹⁵⁶, no qual se reafirmou a ilegalidade de busca domiciliar que tenha se dado 1) sem fundadas razões qualificadoras de flagrante ou 2) sem comprovação de que a anuência do morador fora voluntária e livre de qualquer coação ou intimidação.

Além disso, outros julgados, a exemplo do RHC 165.982/PR¹⁵⁷, consignam que a atuação do agente policial dentro da casa está vinculada aos limites do escopo da justa causa. O que foge disso representa desvio de finalidade, tornando ilícitas eventuais provas colhidas que destoem do objeto das fundadas razões que embasaram a invasão¹⁵⁸.

A determinação do que configura justa causa, em cada caso concreto, enseja análise interessante, tendo em vista a dificuldade que persiste em serem fixados parâmetros uniformes. Se a ideia é adotar uma linha teórica que busca elementos objetivos para fundamentar a decisão de ingresso, a dificuldade imposta passa a ser quanto ao que entra nessa categoria. Excluir elementos desprovidos de força probatória em juízo não soluciona tal dificuldade por completo.

2. Definição de justa causa na casuística¹⁵⁹

Os pareceres pretorianos dirigidos a certas situações selecionadas nesta pesquisa explicitam preocupação com a garantia constitucional relativa à inviolabilidade domiciliar e,

¹⁵⁴ BARBOSA, Ruchester Marreiros, op. cit.

¹⁵⁵ BRASIL. STJ, HC 598.051/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 15/03/2021.

¹⁵⁶ BRASIL. STJ, HC 616.584/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 06/04/2021.

¹⁵⁷ BRASIL. STJ, RHC 165.982/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 26/09/2022.

¹⁵⁸ Tema detalhado no tópico 3.

¹⁵⁹ Seleção facilitada por reportagem da Revista Consultor Jurídico: VITAL, Danilo. Suspeito fugir da própria casa não dá justa causa para invasão de domicílio, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-05/invasao-domicilio-suspeito-fugir-propria-casa-ilegal>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

nessa perspectiva, endossam a necessidade de que se fuja do exercício da futurologia. A verificação da licitude perpassa, inicialmente, pela interpretação de cada motivo alegado como justa causa nos litígios que chegam ao STF e ao STJ. Cada precedente exposto tem o objetivo de municiar a discussão acerca da distância existente para uma uniformização da jurisprudência em torno da temática.

2.1. Denúncia anônima

Quanto à denúncia anônima, é cediço que ambas as Cortes Maiores não enxergam a possibilidade de que possa configurar, sozinha, fundadas razões para o ingresso forçado. A natureza permanente ínsita aos crimes de tráfico, como comumente afirmado em precedentes dos Tribunais, não é o bastante para a dispensa do mandado judicial.

O STF tem, em julgados recentes¹⁶⁰, ressaltado a possibilidade de realização de diligências para averiguar fatos noticiados em denúncia anônima, algo como uma investigação preliminar para aferir a existência de indícios razoáveis da prática delituosa apontada. Nessa situação, o flagrante que venha após diligências exitosas na aferição de tais indícios será legítimo, pois as fundadas razões não estarão lastreadas em mera denúncia anônima – elementos objetivos estarão presentes.

Nessa linha, expõe o Min. Luís Roberto Barroso em seu voto no AgRg no RHC 198.977/SC:

Ainda: é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido que nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada 'denúncia anônima', desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados.

O STJ reafirma a imprescindibilidade dos elementos mínimos de situação de flagrância dentro da residência. Na visão da Corte¹⁶¹, os elementos indicativos devem acompanhar a denúncia anônima, reforçando a ideia de que esta é diferente daqueles em sua natureza e poder probatório. Prova obtida em condições de desacompanhamento dos elementos é imprestável, pois coletada em violação à CF.

2.2. Fama de traficante e informação dada por vizinhos

Para este tópico, arestos do STJ fornecem melhores e mais diretos subsídios de análise. Os aforismos e terminologias atreladas à justa causa – como a noção de contexto

¹⁶⁰ BRASIL. STF, **AgRg no ARE 1.374.072/PR**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 09/05/2022; BRASIL. STF, **AgRg no RHC 198.977/SC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 26/05/2021.

¹⁶¹ BRASIL. STJ, **REsp 1.871.856/SE**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 30/06/2020.

fático prévio que permite a conclusão acerca da ocorrência do crime – são repetidas, mas se acrescentam parâmetros linguísticos e lógicos de exclusão. Novas nuances acabam surgindo com colocações caso a caso.

No tocante à fama prévia de traficante, o caso paradigma do RHC 126.092/SP¹⁶² permite a retomada do conceito de flagrância. Lidou-se com indivíduo com reputação – que chegou ao conhecimento dos policiais – de anterior envolvimento com o tráfico.

Na ocasião, agentes policiais, a princípio no estrito cumprimento de seu dever legal¹⁶³, realizaram abordagem fundada em suspeita. Ato contínuo, embora não tenham encontrado qualquer indício de cometimento do delito de tráfico, eles conduziram o paciente ao seu local de trabalho e forçaram a busca. Encontrando substância semelhante a cocaína no ambiente laboral, conduziram-no à sua residência e, após forçarem o ingresso, tiveram acesso a instrumentos como sacos plásticos e balanças de precisão.

Nota-se que o requisito de fundadas razões foi frontalmente violado nas entradas forçadas. Saber de uma prática passada não suscita, por implicação automática, a conclusão de que tal prática está sendo repetida. O salto lógico, analisado objetivamente, não é válido no campo fático e não pode ser válido na esfera penal. As fundadas razões se relacionam com a ideia de que o delito está em flagrância: indícios flamejantes e brilhantes da prática criminosa. É algo gerado, independentemente do querer do operador do flagrante. Assim:

Somente a informação de que o paciente tivera **envolvimento anterior** com tráfico de drogas **não autoriza** a autoridade policial a conduzi-lo até seu local de trabalho e sua residência, locais protegidos pela garantia constitucional do art. 5º, IX, da CF, para ali efetuar busca, sem prévia autorização judicial e sem seu consentimento, diante da **inexistência de fundamento suficiente para levar à conclusão de que, naqueles locais, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não**¹⁶⁴. (sem grifos no original)

Ademais, no HC 609.982/RS¹⁶⁵, a Sexta Turma da Corte não considerou que a confirmação por vizinhos de prática de ilicitude sirva, quando unida a uma denúncia anônima, para atrair justa causa. Ou seja, o peso justificador de confirmações dessa natureza em nada se equiparam a diligências complementares que, estimuladas por denúncias, se dirijam a obter indícios razoáveis de flagrância¹⁶⁶.

2.3. Tráfico praticado nas proximidades

¹⁶² BRASIL. STJ, RHC 126.092/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/06/2020.

¹⁶³ Pelo art. 144, § 5º, da CF, na utilização do poder de polícia em prol da proteção à ordem pública.

¹⁶⁴ BRASIL. STJ, op. cit., p. 2.

¹⁶⁵ BRASIL. STJ, HC 609.982/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 18/12/2020.

¹⁶⁶ Referência ao que apontamento feito neste trabalho quando da análise do AgRg no RHC 198.977/SC.

No acórdão paradigma – AgRg no REsp 1886985/RS¹⁶⁷ – ora relevante, a denúncia anônima se uniu à venda de drogas no ambiente exterior à residência. São indícios mais do que razoáveis – pois flagrantes, objeto de certeza visual – de crime de tráfico pelos verbos “vender” ou “expor à venda”, todos praticados, todavia, na porta da residência. De dentro da residência não provinha qualquer indicativo de prática. Qualquer tentativa de imaginar qualquer dos núcleos do art. 33, da Lei 11.343/2006, é objetivamente desarrazoada.

Assim como nos casos supra, a interpretação dada pelo STJ para a ingresso imposto sem sinais claros que permitam a conclusão de flagrante no interior da residência é abusivo. Mais uma vez, o órgão judiciário afirma o descabimento de saltos lógicos, dada a falta de premissas resolutas que liguem o ambiente domiciliar a situação externa de prática criminosa.

Não pode a autoridade presumir a flagrância sem o elo objetivo-fático que permita a suspeita fundada. A única hipótese de presunção de flagrância é delineada pela lei, no art. 302, IV, do CPP. Mas é uma presunção construída a partir do encontro – este não presumido e nem forjado – com instrumentos que presumam a prática do delito. O sinal externo e explícito insito à flagrância não permite uma presunção dessa presunção, bem como não permite presunção nas outras modalidades de flagrante.

2.4. Fuga de ronda policial, perseguição a veículo e fuga da própria casa

No primeiro e no segundo cenário, retoma-se o ideal de que intuição ou suspeita de eventual traficância pode justificar abordagem policial. Protótipo fático, contudo, diametralmente distinto da situação que enseja ingerência no asilo inviolável. Se nem sequer houve indício explícito de prática de conduta tipificada na Lei de Drogas fora da residência, quanto mais em seu interior. Por óbvio, diante de todo o exposto até o momento, o indício requisitado para verificação no âmbito interno da casa não é o explícito, mas a sua falta no âmbito externo tende a exigir esforço retórico dobrado até do futurologista mais aplicado.

Os atos exteriorizados pelo paciente no HC 415.332/SP¹⁶⁸, assim como os do pacientes no AgRg no HC 516.360/SP¹⁶⁹, enquadram-se com exatidão nessa balda de deficiência de indícios expressos referenciadores. Além disso, em ambos os casos, a atuação policial prévia – pela ronda ou monitoramento rotineiros – não abarcou diligências capazes de coletar tais indícios para um juízo seguro de probabilidade visível.

¹⁶⁷ BRASIL. STJ, **AgRg no REsp 1.886.985/RS**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 10/12/2020.

¹⁶⁸ BRASIL. STJ, **HC 415.332/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti, DJe 21/08/2019.

¹⁶⁹ BRASIL. STJ, **AgRg no HC 561.360/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 18/06/2020.

No último cenário – fuga da própria casa –, resplandece o decidido no HC 696.084/SP¹⁷⁰. A situação foi descrita pelo Rel. Min. Olindo Menezes nos seguintes termos:

Hipótese em que os **policiais**, diante de **denúncia anônima** recebida, **dirigiram-se à residência paciente e avistaram seu rosto numa janela**, ocasião em que **este correu para os fundos da casa, não obtendo êxito, naquele instante, os policiais em adentrar naquela para detê-lo, porquanto o muro da frente era alto, só o fazendo momentos após**, encontrando no seu interior "meio tijolo de cocaína, seis porções grandes de crack e 27 porções pequenas de crack, além de uma balança de precisão e três facas com resquícios da droga. No banheiro próximo à cozinha, havia um fundo falso atrás da porta, no chão, onde foi encontrado mais um tijolo de cocaína", **sem mais outras demonstrações e indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da casa, estar-se-ia diante de uma situação de flagrante delito**¹⁷¹. (sem grifos no original)

De novo, circunstância de inicial estrito cumprimento de dever legal – os policiais receberam denúncia anônima e se mobilizaram para averiguar possíveis indícios – que precedeu violação indevida a domicílio. Ausente qualquer indicativo preliminar objetivo de crime.

2.5. Cão farejador, manipulação visível, cheiro forte e o paradoxo dos sentidos

A expressão “paradoxo dos sentidos” não é nova para se referir a um certo impasse envolvendo os julgados do STJ quanto à justa causa para invasão de domicílio. Entretanto, ela se sustenta em um ponto muito específico. Mais precisamente, em face de todos os julgados que adotaram a linha de interpretação objetiva da justa causa – com elementos capazes de configurar fundadas razões –, um pareceu um ponto fora da curva.

O Tribunal foi categórico no julgamento do AgInt no HC 566.818/RJ¹⁷² em reafirmar o que já se havia decidido em outras hipóteses de falta de diligências captadoras de indícios razoáveis: inexistente justificativa para a entrada sem mandado judicial. A Corte pareceu interpretar a sinalização feita pelo cão farejador como algo distinto de atividade de investigação prévia quanto à prática do delito dentro do domicílio – algo ocasional, inesperado.

Lógica parecida¹⁷³ se aplicou no AgRg no REsp 1.865.363/SP¹⁷⁴, no qual denúncias anônimas e visualização de acusados manipulando material suspeito no interior da casa não afastam a necessidade de diligências ou investigações prévias. Logo, olfato – canino, é

¹⁷⁰ BRASIL. STJ, HC 696.084/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), DJe 13/12/2021.

¹⁷¹ Ibidem, p. 1.

¹⁷² BRASIL. STJ, AgInt no HC 566.818/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 25/06/2020.

¹⁷³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius, op. cit., p. 79.

¹⁷⁴ BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1.865.363/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 29/06/2021.

verdade – e visão mostraram-se insuficientes para, por si sós, independentemente de investigações outras, configurar justa causa.

A controvérsia surge com a análise de precedente anterior: AgRg no HC 423.838/SP¹⁷⁵. No aresto, ao se deparar com elementos já vistos em outros precedentes como insuficientes para configurar justa causa, o Rel. enxergou que existiu situação de flagrância. Falou-se de nervosismo do paciente e de forte cheiro de maconha vindo de dentro da residência como elementos caracterizadores e aptos a ensejar a entrada sem mandado de busca e apreensão.

Trata-se de entendimento que destoou muito do que o STJ, depois, passou a decidir em casos similares. Daí a alcunha de “paradoxo dos sentidos”, dado o peso distinto atribuído ao olfato em detrimento da visão. Todavia, um julgado recente, na mesma Turma do Min. Rel. no AgRg no HC 423.838/SP, fixou um posicionamento mais harmônico e que contou com coro desse Min. É o AgRg no HC 757.551/BA¹⁷⁶, no qual prevaleceu que o forte odor e a apreensão de drogas em posse do infrator não sustentam fundadas razões e não dispensam investigações prévias.

3. O risco de *fishing expedition*

Algo comum a todos os casos expostos é a implicação de que as provas colhidas no ingresso domiciliar sem justa causa se revestem de viés de ilicitude. Isso se dá pelo fato de elas terem sido obtidas por meios ilícitos. Por mais relevantes que sejam os fatos por elas apurados em certos casos, tais provas devem ser banidas do processo, pois carregam inconstitucionalidade – por vulnerabilizarem preceitos constitucionais – sobre si¹⁷⁷.

Elas resultam de violação de direito material¹⁷⁸ – sua causa é ilícita¹⁷⁹ –, não podendo ser sanadas e nem produzir qualquer efeito no processo. Badaró mostra que tal inadmissibilidade resulta de um diálogo estabelecido pela CF entre as esferas material e processual.

A Constituição, ao assegurar a inadmissibilidade processual da prova ilícita, estabeleceu uma “ponte” entre os dois planos, do direito material e do direito processual. A “inadmissibilidade” é uma “sanção” processual, para uma violação de uma regra material. Com isso, uma violação de regra material (por exemplo,

¹⁷⁵ BRASIL. STJ, **AgRg no HC 423.838/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 19/02/2018.

¹⁷⁶ BRASIL. STJ, **AgRg no HC 757.551/BA**, Rel. Min. Antonio Saldanha Passarinho, DJe 15/12/2022.

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

¹⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 402.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 378.

violação de correspondência) passou a ter, além de uma sanção material (a pena pelo crime de violação de correspondência), também uma sanção processual. Em suma, as provas ilícitas, atualmente, são sancionadas tanto no plano material, com a pena pelo delito correspondente, como no campo processual, com a inadmissibilidade de tal prova¹⁸⁰.

Prevê-se, desse modo, proteção ao cidadão contra arbítrio do Estado no âmbito investigativo. Ao agente estatal se estabelece um marco expresso de obediência à estrita legalidade dentro do espaço de poder que lhe é atribuído. Até para cenário de restrição de preceitos fundamentais como a inviolabilidade de domicílio existem critérios devidamente delineados na ordem constitucional.

Ocorre que muitas situações na prática investigativa remontam a exageros na atividade investigativa. Nesses casos, ganha destaque a chamada pescaria probatória – *fishing expedition*. Ela consiste no transpasse de limites na busca por elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a um indivíduo¹⁸¹. É algo passível de acontecer em buscas e apreensões, sejam elas legais ou ilegais¹⁸².

É assunto de extrema relevância para a temática. Talvez se encaixe melhor como um apêndice para o presente estudo, é verdade, mas sua importância é ilustrada por impor que o agente policial responsável pela investigação esteja ainda mais atento quanto aos passos tomados durante a medida adotada. É um lembrete complementar de seu dever de se atentar à legalidade estrita.

As buscas residenciais desprovidas de fundadas razões acabam por caracterizar cenário muito propício para a pescaria probatória. Entretanto, aos ingressos que possuem justa causa, não há salvo conduto para que todo o interior da casa seja vasculhado indistintamente¹⁸³. No acórdão no RHC 165.982/PR¹⁸⁴, já tratado, o STJ exprime com precisão essa ideia. Nos termos do voto do Rel.:

É ilícita a prova colhida em caso de **desvio de finalidade** após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater **aos limites do escopo - vinculado à justa causa -**

¹⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 402.

¹⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

¹⁸² Pode acontecer, por exemplo, de uma invasão, executada sem embasamento em fundadas razões de flagrância, abrir margem para que agentes policiais, já em domicílio, atuem em verdadeira procura especulativa, na tentativa de legitimar a plausibilidade da invasão.

¹⁸³ BRASIL. STJ, **HC 663.055/MT**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 21/03/2022.

¹⁸⁴ BRASIL. STJ, **RHC 165.982/PR**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 26/09/2022.

para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas. (sem grifos no original)

A consequência de tal desvio de finalidade é a ilegalidade das provas prospectadas, pela premissa de que os meios para sua obtenção foram irregulares. A busca da verdade deve obedecer às regras do jogo democrático.

CONCLUSÃO

A história serve para atestar mudanças nos paradigmas de proteção de direitos. As conquistas de direitos exigiram lutas árduas para que fosse consignado um Estado submetido a regulação pública, nos moldes concebidos na atualidade. Todos os institutos que perduraram, por já existirem antes da conquista de certos direitos, foram obrigados a adquirirem nuances e feições capazes de se harmonizarem com cada garantia que passava a ser consignada como fundamental.

Com isso, o flagrante delito, instituto milenar, teve de se adequar aos direitos e garantias firmados pelo poder constituinte. Se vigora a supremacia da Constituição, suas disposições devem ser o pano de fundo por trás de toda linguagem: em concepção habermasiana¹⁸⁵, algo como o pressuposto que move todos os diálogos, práticas e noções.

Qualquer esforço retórico que justifique a flexibilização de um direito deve estar construído nos pilares lançados pela CF. Viver em um Estado, hoje Social e Democrático de Direito¹⁸⁶, é, antes de tudo, entender que a supremacia constitucional impõe uma cosmovisão a todos os integrantes do ordenamento. A CF prolata diretrizes formadoras de uma lente através da qual todo pretense intérprete ou aplicador enxergará todo ato com repercussão jurídica, independentemente de qual seja o resultado por este gerado.

A fixação pelas Cortes do critério da justa causa – a partir da verificação de fundadas razões objetivas – para o ingresso em domicílio nada mais é do que a tentativa de contribuir para a adequação do flagrante à sistemática de proteção a direitos e garantias constitucionais como a inviolabilidade de domicílio. Busca-se, na verdade, aclarar as situações em que o flagrante pode ser alegado como justificativa para a entrada forçada. Para a justa causa, pouco importa se ocorre ou não flagrante após a invasão, pois os elementos de convicção de existência do flagrante têm de ser prévios.

É incontestável que, uma vez quebrado o limite temporal capaz de configurar a flagrância, a entrada no domicílio para operar a prisão é impossibilitada¹⁸⁷. Porém, o esforço da jurisprudência tem sido voltado a compatibilizar a lógica de indícios flamejantes e brilhantes da prática delituosa com as premissas fixadas em sede constitucional. Desse modo, pode acontecer de tais indícios flamejantes serem desconsiderados se contaminados por afronta à CF, como ocorre com a invasão desmuniada de fundadas razões.

¹⁸⁵ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, Razão Comunicativa e Emancipação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, p. 119.

¹⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 56.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 298

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸⁸, a prova contaminada pela violação se torna imprestável, por mais incontroversa que seja a sua capacidade de configurar a ocorrência de crime.

¹⁸⁸ Ibidem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555594645. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594645/>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

ALENCAR FILHO, Edgard de. **Iniciação à lógica matemática**. São Paulo: Nobel, 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. vol. 1. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Typ Baptista de Souza, 1920.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA, Livio César Feitosa. **A relevância dos laudos preliminar e definitivo de detecção de substância entorpecente e suas repercussões no âmbito dos processos relativos aos crimes de tráfico de drogas**. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e apreensão sem ordem judicial exige justa causa em branco prévia. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/academia-policial-busca-apreensao-ordem-judicial-e-xige-justa-causa-branco#_ednref6>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 - Partes Geral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555590333, p. 139. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>>. Acesso em: 04 jan. 2023.

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos**. 2. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL. **Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. **Código Penal, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. **Código Penal, de 7 de dezembro de 1940 (redação original)**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. STF, **AgRg no ARE 1.374.072/PR**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 09/05/2022.

BRASIL. STF, **AgRg no RHC 198.977/SC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 26/05/2021.

BRASIL. STF, **HC 104.339/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6/12/2012.

BRASIL. STF, **HC 97.256/RS**, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 16/12/2010.

BRASIL. STF, **HC 9.777/MS**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22/11/2010.

BRASIL. STF, **RE-QO 430.105/RJ**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 13/02/2007.

BRASIL. STF, **RE 603.616/RO**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016.

BRASIL. STJ, **AgInt no HC 566.818/RJ**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 25/06/2020.

BRASIL. STJ, **AgRg no HC 423.838/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 19/02/2018.

BRASIL. STJ, **AgRg no HC 561.360/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 18/06/2020.

BRASIL. STJ, **AgRg no HC 757.551/BA**, Rel. Min. Antonio Saldanha Passarinho, DJe 15/12/2022.

BRASIL. STJ, **AgRg no REsp 1.886.985/RS**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 10/12/2020.

BRASIL. STJ, **AgRg no REsp 1.865.363/SP**, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 29/06/2021.

BRASIL. STJ, **AgRg no REsp 1.637.113/SP**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/04/2017.

BRASIL. STJ, **EDcl no HC 463.656/SP**, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/10/2018.

BRASIL. STJ, **HC 163.772/MG**, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe 02/08/2010.

BRASIL. STJ, **HC 8.707/RJ**, Rel. Min. Vicente Leal, DJe 21/09/1999.

BRASIL. STJ, **HC 415.332/SP**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 21/08/2019.

BRASIL. STJ, **HC 598. 051/SP**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 15/03/2021.

BRASIL. STJ, **HC 616.584/RS**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 06/04/2021.

BRASIL. STJ, **HC 609.982/RS**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 18/12/2020.

BRASIL. STJ, **HC 696.084/SP**, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), DJe 13/12/2021.

BRASIL. STJ, **HC 663.055/MT**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 21/03/2022.

BRASIL. STJ, **HC 350.996/RJ**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 29/08/2016.

BRASIL. STJ, **HC 342.970/RJ**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/02/2016.

BRASIL. STJ, **HC 415.332/SP**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 21/08/2019.

BRASIL. STJ, **PExt no HC 399.159/SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/05/2018.

BRASIL. STJ, **REsp 154.840/PR**, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJe 06/04/1998.

BRASIL. STJ, **REsp 1.871.856/SE**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 30/06/2020.

BRASIL. STJ, **RHC 165.982/PR**, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 26/09/2022.

BRASIL. STJ, **RHC 126.092/SP**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/06/2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620704. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>>. Acesso em: 06 jan. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. ISBN 9786553620131. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620131/>>. Acesso em: 26 jan. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947, v. 2. *Apud* DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612956. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>>. Acesso em: 28 dez. 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502638334. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/>>. Acesso em: 17 jan. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada – Volume Único**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612956. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2015. *Apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. 3. ed. re. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book. ISBN 9786559645602. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Histórico-drogas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>>. Acesso em: 18 jan. 2023.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. *Apud* QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GROTTI, Dinorá Musetti. Inviolabilidade de domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HOFFMANN, Henrique. **Contornos da busca e apreensão na persecução criminal garantista**. Direito – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2018.

HOFFMANN, Henrique. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958. *Apud* QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito Penal 1 - parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553619849. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 978655590005. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590005/>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Leonardo. Art. 5º, XI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; et al. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book. ISBN 9786559645602. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada - artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012; São Paulo: Método, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559644568. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644568/>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. ISBN 9788530991586. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>>. Acesso em: 25 jan. 2023.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Prisão em flagrante delito**. pauloqueiroz.net, 2017. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/prisao-em-flagrante-delito/>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. A prática de fishing expedition no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

ROSA, Eliézer. Dicionário de processo penal. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. *Apud* BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos**. 2. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, Razão Comunicativa e Emancipação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo : APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A Prisão em Flagrante na Constituição**. 2005. 231 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado)—Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

VITAL, Danilo. Suspeito fugir da própria casa não dá justa causa para invasão de domicílio, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-05/invasao-domicilio-suspeito-fugir-propria-casa-ilegal>>. Acesso em: 16 fev. 2023.