

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO

THAYARA SILVA CASTELO BRANCO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Antonio Eduardo Ramires Santoro; Thayara Silva Castelo Branco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-534-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Defesa jurídico-penal. 3. Infração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Criminologia e Política Criminal II” realizado no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, na cidade de São Luís, na Universidade Ceuma, dentre os seus 14 trabalhos apresentados, discutiu as mais diversas problemáticas e densidades que permeiam o tema.

O primeiro trabalho, intitulado “O estado penal-psiquiátrico e a negação do ser humano (presumidamente) perigoso”, de autoria da professora Thayara Castelo Branco, tratou dos contornos do direito penal de “tratamento” com base no discurso médico-psiquiátrico, buscando analisar as consequências da reação (penal) ao sujeito “perigoso” e potencialmente criminoso, bem como a herança dessa periculosidade no Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Dessa forma, problematizou o Estado penal-psiquiátrico que passou a conectar a noção de “doença” e de “perigo” como justificativa de negação e aniquilamento do ser humano.

O segundo trabalho, “São Luís, de Ilha do Amor à Ilha do Terror: a “conquista” do 21º lugar dentre as cidades mais violentas do mundo”, foi de autoria do professor Mauricio José Fraga Costa. O autor aponta que após a ONG Conselho Cidadão pela Seguridade Social Pública e Justiça Penal do México divulgar o ranking das 50 cidades mais violentas do mundo em 25 de janeiro de 2016, São Luís foi apontada como a 21ª. O trabalho pretendeu identificar as causas desta situação que teria iniciado com o incremento do tráfico de drogas e se consolidou com a constituição de facções criminosas em relações com outros grupos organizados de outras partes do país. O autor propôs que as políticas públicas não sejam apenas reativas ao crime, apontando que o programa de georreferenciamento, segundo dados de 2016, já aponta para uma melhoria da situação de violência.

O terceiro trabalho, de autoria de Joao Victor Duarte Moreira e Lucas Silva Machado, chamado “Da legitimidade do Superior Tribunal de Justiça para resolver a questão da política criminal referente ao art. 273 do Código Penal”, aborda o art. 273 que tipifica a conduta de “falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” e sofreu alterações legislativa que aumentaram a pena e indicaram-no como crime hediondo. O trabalho discute a legitimidade do STJ que declarou a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário do tipo, bem como, diante desta situação, qual seria a pena aplicável para este tipo penal.

O quarto trabalho das autoras Daiane Ayumi Kassada e Érika Mendes de Carvalho, tratou da “Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do “ne bis in idem”: uma abordagem político-criminal”. As autoras discutiram a aplicação do princípio do “ne bis in idem” no âmbito dos crimes ambientais, uma vez que há previsão constitucional da responsabilidade das pessoas jurídicas no âmbito penal e administrativo. Naturalmente não se discute que uma pessoa (seja física ou jurídica) possa ser punida duas vezes na seara penal ou duas vezes na seara administrativa pelo mesmo fato, o que não se discute é o aspecto transversal, ou seja, se existe um impedimento, à luz do “ne bis in idem” de que uma pessoa sofra duas sanções, uma penal e outra administrativa, pelo mesmo fato.

O quinto trabalho, “Um júri em Alvorada/RS”, é de autoria de Dani Rudnicki e Anna Carolina Meira Ramos. Os autores vêm acompanhando julgamentos em plenário do júri em Alvorada no Rio Grande do Sul com o objetivo de analisar qualitativamente os discursos de acusação e de defesa, sua pertinência com o caso ou com modelos estereotipados. A escolha de Alvorada se deu em razão do alto índice de homicídios para uma cidade do seu porte. O trabalho aborda especificamente os discursos de um julgamento no tribunal do júri ocorrido no dia 18 de maio de 2017, em que se identificou a utilização de argumentos moralistas absolutamente alheios ao fato imputado ao réu, tanto por parte da acusação quanto da defesa.

O sexto trabalho, de Antoine Youssef Kamel e Tiemi Saito, chamado “Uma proposta à reflexão da crise do paradigma carcerário”, é um trabalho com pretensão de refletir sobre a crise do sistema carcerário a partir do pensamento de Thomas Kuhn exposto na obra “A estrutura das revoluções científicas”. Os autores apontam uma disfunção entre o discurso oficial e as reais finalidades da pena de prisão, reconhecem que não há atualmente uma alternativa à prisão e indicam a experiência da APAC como um redutor efetivo de reincidência.

O sétimo trabalho, cujo tema é “Lei Maria da Penha”: uma análise atual da implementação da Rede Integral de Atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sob a perspectiva da legislação simbólica”, é de autoria de Leandra Chaves Tiago e Luciana Andréa França Silva. O texto aborda que a Rede Integral de Atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar foi um dos mecanismos previstos legalmente para proteção da mulher diante da violência de gênero, sendo sua implementação o objeto do estudo das autoras, que trabalham uma importante crítica sobre a possibilidade de que a Lei Maria da Penha seja uma legislação penal simbólica no sentido negativo, uma vez que à falta de políticas públicas os mecanismos previstos é que podem efetivamente garantir a integridade das mulheres vítimas de violência.

O oitavo trabalho, de Natália Lucero Frias Tavares e Antonio Eduardo Ramires Santoro, cujo título é “Legitimação pela deturpação: a subversão do discurso feminista como justificativa para o encarceramento”, reflete sobre o imenso aumento do número de encarceramento de mulheres no Brasil, o que faz necessário um questionamento sobre as transcendências da pena. Isso porque os filhos recém-nascidos e até doze anos terminam por sofrer indireta ou diretamente os efeitos da pena. Os autores realizaram uma pesquisa empírica com base em questionário aplicado na cidade do Rio de Janeiro para conhecer a opinião e percepção da população sobre o aprisionamento de mulheres grávidas e obtiveram respostas que terminam por subverter o discurso feminista para legitimar o encarceramento. Foram também analisados dois casos concretos para avaliação da seletividade do encarceramento feminino.

O nono trabalho, “Justiça restaurativa no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria à prática”, de Maria Angélica dos Santos Leal e Daniel Silva Achutti, apresenta as reflexões e indagações iniciais das atividades empíricas desenvolvidas junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Práticas Restaurativas de Porto Alegre. Um problema apontado é a dificuldade da academia pesquisar sobre algo que não se pode participar, uma vez que o acesso público se faz apenas nos casos de sucesso, o que influencia metodologicamente a atividade do investigador. Uma outra reflexão é que apenas os casos que não são graves é que são encaminhados ao CEJUS. São importantes reflexões a partir de pesquisa empírica.

No décimo trabalho, de Juan Pablo Moraes Morillas, o qual chamou ““Nova prevenção”, “policiamento comunitário” e “policiamento orientado à resolução de problemas””: uma reflexão em meio à crise no sistema de justiça criminal”, o autor questiona o caráter preventivo da pena e o baixo índice de elucidação de crimes como pontos centrais da crise do atual sistema de justiça criminal no Brasil. O autor parte daquilo que ele chamou de nova criminologia para contestar a eficiência do modelo tradicional de justiça penal e aponta a “nova prevenção” como uma alternativa de atuação do Estado antes do crime. O autor cita os programas “Ronda do Quarteirão” em Fortaleza - CE, e o “Ronda no Bairro” em Manaus – AM, como exemplos, e afirma que não se trata de uma nova roupagem para o mesmo discurso repressivo de sempre, mas leituras de conflitos sociais fora do direito penal.

No décimo primeiro trabalho de André Martins Pereira e Marcus Alan de Melo Gomes, intitulado “A fabricação dos medos pela mídia e a violência do sistema penal”, os autores questionam a relação entre a mídia e o sistema penal. Partindo da compreensão de Zaffaroni, os autores apontam que os meios de comunicação são agências do sistema penal, que produzem uma realidade específica. Trabalha-se com a ideia de que há mídia hegemônica e não hegemônica, focando o estudo nas primeiras, para então enfrentar a adesão subjetiva de

trata Vera Malaguti Batista. Afirmam os autores que a demanda por punição, que leva ao encarceramento em massa, passa pela atividade dos meios de comunicação que provocam um desejo de encarceramento por conta da adesão subjetiva, que se mostra em tensão em relação à ineficiência deste encarceramento para o alcance dos supostos fins a que se destinam.

No décimo segundo trabalho, “A Criminologia da Libertação e o fenômeno da seleção policizante nas polícias brasileiras: uma epistemologia crítico-criminológica necessária”, a autora Vitória de Oliveira Monteiro pesquisou quais seriam as contribuições epistemológicas da Criminologia da Libertação para compreensão do fenômeno da seleção policizante, que implicam em práticas racistas e preconceituosas, que terminam por deteriorar a imagem e ética policial, o que é, como afirma a autora arrimada em Zaffaroni, próprio dos países latino-americanos. Para tanto a autora parte de uma abordagem da Criminologia da Libertação, à luz do pensamento de Lola Aniyar de Castro e Vera Andrade, como uma vertente criminológica latino americana que se pretende um processo emancipatório que alia a práxis e a teoria.

No décimo terceiro trabalho, “Realismo crítico, política criminal e dogmática: o papel ativo do discurso criminológico na inovação legislativa e doutrinária”, os autores Gabriel Antinolfi Divan e Eduardo Tedesco Castamann analisaram, diante de uma vertente crítica, o potencial crítico do discurso criminológico e sua influência prática. Partiram dos estudos de Gabriel Anitúa e aplicaram um realismo crítico de esquerda para terem uma influência prática maior, para implementar uma produção mais efetiva da criminologia, com o estabelecimento de um diálogo político que permitisse uma produção legislativa orientada politicamente.

No décimo quarto é último trabalho, de Francisco Antonio Nieri Mattosinho, intitulado “(Não) corra, que a polícia vem aí: análise das prisões em flagrante delito por tráfico de drogas submetidas às varas criminais de Ourinhos/SP a partir do REsp 1.574.681/RS”, o autor trabalhou para responder o problema sobre a legalidade da violação de domicílio por policiais coma apreensão de drogas sem mandado. Questiona-se a legalidade dessa apreensão no caso em que os policiais determinaram que o cidadão não corresse e, tendo ele não acatado a ordem, justificado o ingresso em domicílio e apreensão de drogas. O trabalho analisa o problema a partir da teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs e analisa dados empíricos colhidos pelo autor nas audiências de custódia realizadas na Comarca de Ourinhos .

Professora Dra. Thayara Silva Castelo Branco – Uniceuma e UEMA

Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro – UFRJ, UCP e IBMEC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

(NÃO) CORRA, QUE A POLÍCIA VEM AÍ: ANÁLISE DAS PRISÕES EM FLAGRANTE DELITO POR TRÁFICO DE DROGAS SUBMETIDAS ÀS VARAS CRIMINAIS DE OURINHOS/SP A PARTIR DO RESP 1.574.681/RS

(DON'T) RUN, POLICE IS COMING: DRUG TRAFFICKING ARRESTS SUBMITTED TO OURINHOS/SP CRIMINAL DISTRICT COURTS OF LAW ANALYZED UNDER SPECIAL REVIEW 1.574.681/RS

Francisco Antonio Nieri Mattosinho ¹

Resumo

O trabalho objetiva apresentar os resultados obtidos na investigação realizada nas Varas Criminas da Comarca de Ourinhos/SP em relação às prisões em flagrante delito pela prática do crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06), contrapondo posicionamentos jurisprudenciais acerca da natureza permanente da conduta e a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Nesse cenário, à luz da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, busca-se contextualizar a Comarca de Ourinhos, apresentar a ratio decidendi dos precedentes e revelar os resultados obtidos, a partir dos métodos indutivo, dedutivo e da análise estatística dos dados obtidos.

Palavras-chave: Tráfico de drogas, Direito penal do inimigo, Inviolabilidade do domicílio, Flagrante delito, Comarca de ourinhos

Abstract/Resumen/Résumé

The paper aims to present the obtained results from the research conducted about drug trafficking arrests analyzed by Ourinhos/SP Criminal District Courts of Law, comparing jurisprudential positions about the permanent nature of that crime and the constitutional right of people to be secure in their houses against unreasonable searches and seizures. In this scenario, according to Günther Jakobs' Theory of Enemy Criminal Law, it seeks to present Ourinhos District Court of Law, the ratio decidendi of the precedents and reveal the obtained results, from inductive and deductive methods and statistical analysis of obtained data.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Drug trafficking, Theory of enemy criminal law, Protection against invasion, flagrant crime, Ourinhos district court of law

¹ Mestre em Ciência Jurídica (2016) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte Paraná (UENP).

1. Introdução

O artigo 5º, XI, da CF/88, assegura a inviolabilidade do domicílio, permitindo, contudo, o ingresso das Autoridades Policiais na residência do cidadão, dentre outras hipóteses, em caso de flagrante delito, mesmo que não haja determinação judicial. No crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), os verbos “ter em depósito” e “guardar” são condutas classificadas como crimes permanentes, de modo que a consumação se protraí no tempo, prolongando a situação de flagrância.

Nesse cenário, a jurisprudência superior (STF e STJ) entende ser possível o ingresso das Autoridades Policiais no domicílio de suspeitos da prática das condutas mencionadas, mesmo que não haja autorização judicial.

Em que pese o posicionamento jurisprudencial mencionado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.574.681/RS (DJe 30/05/17), manteve a absolvição de um réu acusado da prática de tráfico, com fundamento no art. 386, II, do CPP, reconhecendo a ilicitude da prova colhida em busca realizada no interior da residência sem mandado.

No caso analisado, o réu, ao avistar policiais militares em patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de drogas, correu para dentro de sua casa, onde foi abordado. Após buscas no interior do domicílio, os policiais encontraram entorpecentes e o prenderam em flagrante delito.

Apesar da condenação em primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença, considerando como ilícita a violação domiciliar, sob o fundamento de que “o fato de alguém retirar-se para dentro de casa ao avistar uma guarnição da PM não constitui crime nem legitima a perseguição ou a prisão, menos ainda a busca nessa casa, por não ser suficientemente indicativo de algum crime em curso”.

A 6ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao REsp interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, aplicando a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, prevista no art. 5º, LVI, da CF/88, declarando nula a prova derivada da conduta ilícita, materializada na invasão desautorizada do imóvel pelas Autoridades Policiais. Percebe-se, então, que a simples ação de “correr para dentro de casa”, ao avistar uma viatura policial, não oferece indícios suficientes e necessários para justificar a ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, mesmo que o agente se encontre em situação de flagrante delito.

A partir, então, da contraposição entre a garantia constitucional do cidadão e do combate à prática de crime equiparado a hediondo, bem como à luz do Direito Penal do Inimigo (Günther Jakobs), analisam-se Autos de Prisão em Flagrante Delito submetidos à apreciação

das Varas Criminais da Comarca de Ourinhos/SP, em casos cujos fatos se assemelham àquele julgado no REsp 1.574.681/RS, a fim de se demonstrar, empiricamente, que situações como essa ocorrem cotidianamente, revelando a violação diuturna dos direitos fundamentais individuais, principalmente, de grupos sociais mais vulneráveis.

2. Problema da pesquisa

No intento de se combater com rigor a prática do comércio ilícito de entorpecentes, por meio de postura mais enérgica das autoridades, o poder punitivo estatal acaba por legitimar ações que violam profundamente garantias constitucionais do cidadão, como, por exemplo, seu direito à privacidade, permitindo a introdução, no Direito Penal brasileiro, de características do Direito Penal do Inimigo. Isso porque a essência da Teoria de Günther Jakobs é a descaracterização da pessoa enquanto sujeito de direitos com base na periculosidade que oferece ao Estado de Direito.

Por sua vez, a periculosidade é aferida a partir de seus traços físicos e sociais, de modo que agentes integrantes de camadas sociais mais precárias economicamente não têm seus mínimos direitos e garantias constitucionais preservados. Dentre eles está o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se escondeu.

Assim, questiona-se, no presente trabalho, a legitimidade da violação do domicílio sem autorização judicial no combate ao crime de tráfico de drogas, de modo a justificar a privação de direitos fundamentais individuais.

3. Referenciais teórico-metodológicos

Sob o viés teórico, a pesquisa apoiou-se no *Habeas Corpus* 404.980/PR (DJe 03/08/17) e no REsp 1.574.681/RS (DJe 30/05/17) ambos do STJ. Sob o viés empírico, realizou-se coleta, processamento e análise dos fatos apreciados nas Audiências de Custódia realizadas perante às Varas Criminais da Comarca de Ourinhos/SP, no período compreendido entre 02/05/17 (início da realização dessas audiências na Comarca) e 10/08/17. Por fim, quanto às metodologias empregadas, foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, partindo-se da análise de diversas fontes para se chegar à conclusão geral, bem como a análise estatística dos dados obtidos perante as Varas Criminais da Comarca de Ourinhos/SP.

4. Objetivos

O presente trabalho se propõe a realizar a contraposição da jurisprudência majoritária dos tribunais superiores que defende a desnecessidade de ordem judicial para a realização de buscas domiciliares e prisões em flagrante delito nos casos de crimes permanentes, tais como o tráfico de drogas, e do REsp 1.574.681/RS (DJe 30/05/17), em que o STJ manteve, por unanimidade, a absolvição de um réu processado pela prática de tráfico por considerar nula a prova obtida a partir da invasão desautorizada do domicílio pela Autoridade Policial.

Da mesma forma, busca-se investigar, a partir da análise da Teoria do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs e de dados coletados nas Varas Criminais da Comarca de Ourinhos/SP, a licitude da atuação das Autoridades Policiais nas prisões por tráfico de drogas em detrimento das garantias constitucionais do cidadão.

Para efeitos acadêmicos, salienta-se que a Comarca de Ourinhos conta com duas Varas Criminais e possui jurisdição territorial sobre os municípios de Ourinhos (população de 111.056 habitantes), Salto Grande (população de 9.255 habitantes) e Ribeirão do Sul (população de 4.446 habitantes), cujas populações estimadas em 2016, se somadas, resultam em 124.757 habitantes, de acordo com os dados oficiais do IBGE (IBGE, 2010).

Contextualizado o objeto da pesquisa, passa-se à análise inicial da teoria que fundamenta a reflexão apresentada.

5. A Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs

Em seu artigo “Sobre o chamado Direito Penal do inimigo”, Luís Greco expõe a primeira menção de Jakobs ao conceito, ocorrida no ano de 1985, oportunidade na qual foi possível notar o tom crítico do reconhecimento desse conceito, que só seria ‘legitimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional’. Embora Jakobs defenda, a partir da virada do século, que sua posição seja meramente descritiva, ou seja, de que o conceito deve ser reconhecido com a finalidade exclusiva de descrever uma situação já existente na prática, seus estudos recentes foram recebidos pelos estudiosos do tema como sugestivos de que seu tom crítico de outrora fora substituído por uma legitimação do conceito, tornando-o algo necessário para garantir a segurança pública e a inviolabilidade dos direitos dos classificados como cidadãos (GRECO, 2005, p. 216).

Em que pese a variação das abordagens realizadas por Jakobs, a busca pelo reconhecimento formal de uma divisão material concreta no Direito Penal sempre permeou os ensinamentos do jurista alemão. Sua defesa do Direito Penal do Inimigo se apresenta mais como um mecanismo de proteção das garantias individuais, pois tenta apontar para a necessidade de se evitar que todo o Direito Penal seja contaminado por normas extremamente rigorosas,

característica do Direito em um Estado de guerra (GRECO, 2005, p. 216). Assim é que “um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo” (JAKOBS, 2015, p. 47). Portanto, de acordo com seus ensinamentos, para evitar que todo o Direito Penal padeça com a disseminação e imposição de medidas extremamente rigorosas, elaboradas unicamente para coibir um crime ou comportamentos específicos praticados por determinados indivíduos, é necessário que se escolha quais indivíduos apresentam maiores indícios de que incorrerão nas mesmas práticas delituosas, a fim de oferecer-lhes um tratamento díspar do que seria oferecido àqueles considerados como “cidadãos”, reprimindo e apenando suficientemente sua conduta, de modo a tutelar o meio social.

Uma vez apresentada a questão acerca da delimitação de um Direito Penal imposto somente aqueles considerados como “inimigos”, passa a ser necessária a compreensão da identificação desses indivíduos e sob quais medidas podem estar submetidos.

5.1. Indivíduo *versus* pessoa e cidadão *versus* inimigo

De maneira sucinta, de acordo com a teoria de Jakobs, o Direito Penal se caracterizaria pela “imagem de autor da qual ele parte” (GRECO, 2005, p. 214), ou seja, cidadão ou inimigo. Nesse contexto, antes de se realizar uma incursão pelo conceito de inimigo para que se possa finalmente entender o conceito de “Direito Penal do inimigo”, é preciso entender, primeiramente, o conceito de pessoa para o jurista alemão, já que sua teoria se sedimenta na dualidade “pessoa” e “não pessoa” frente ao Direito Penal.

Günther Jakobs (2015, p. 33) conceitua que pessoa é quem se orienta tomando por base o lícito e o ilícito. Diz ele que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real” (JAKOBS, 2015, p. 43). Tem-se, portanto, que o autor defende ser considerado pessoa (e para o Direito Penal, cidadão) somente o indivíduo que, sabendo o que é lícito ou ilícito, demonstra que essas normas se encontram sedimentadas em sua mente e em seu comportamento, certificando toda a sociedade de que suas atitudes se conduzirão de acordo com tais normas estabelecidas e realmente vigentes. Ou seja, o *status* de pessoa, para Jakobs, é uma consequência da absorção do ordenamento pelo indivíduo, e de sua vigência sobre suas atitudes.

O penalista alemão, aliás, compara seu conceito de pessoa à configuração de toda a sociedade a partir da norma, pois “sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma

se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida” (JAKOBS, 2015, p. 32). Acrescenta que “isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la” (JAKOBS, 2015, p. 32). Ou seja, o ordenamento normativo deve oferecer balizas para a interpretação das condutas, regulando o modo de agir de toda a sociedade e como consequência disso, as expectativas dos indivíduos que a compõem. Greco (2005, p. 217) exemplifica a questão ao dizer “se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio”.

A existência de uma sociedade ordenada pressupõe normas que a organizem e estabeleçam limites de ação, tanto para os indivíduos em suas vidas privadas quanto para as ações do Estado que interfiram na vida desses indivíduos. Assim é que, quando uma norma passa a ser violada reiteradamente pela população que deveria reger, perde sua eficácia real e não há mais sentido sua existência, já que essa mesma população não mais possui expectativas de que a norma será obedecida, e a própria norma já não oferece mais segurança de que poderá guiar as ações dos indivíduos submetidos à ela. Da mesma forma, portanto, ocorre com as pessoas (VICENTIM, 2017, p. 31).

Aduz o alemão que a segurança de um comportamento pessoal, determinado com base em direitos e deveres, oferecida por um indivíduo deve ser séria a ponto de apoiar as expectativas depositadas por todos os outros indivíduos que compartilham com ele a experiência da vida. Contudo, não havendo mais garantias suficientes do comportamento desse indivíduo, torna-se ele um sujeito perigoso tendo em vista que não mais oferece respaldo para uma expectativa séria, deixando assim de participar dos benefícios que provém de seu *status* de pessoa (JAKOBS, 2015, p. 09-10).

Jakobs (2015, p. 58-59) afirma que “todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como ‘pessoa’ e quem não aplicar esta disposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa”. Nesse contexto, a partir do conceito de pessoa, determina-se também quem são as “não-pessoas” (ZAFFARONI, 2007, p. 18), apontadas pelo Direito Penal como inimigos, justamente porque são tratadas de maneira diversa, pois deixaram de oferecer a garantia necessária de seu comportamento.

Explicitando, pois, a condição de inimigo, Eugénio Raúl Zaffaroni afirma se tratar daquele indivíduo considerado somente a partir de sua periculosidade.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso, e por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão e que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso* (2007, p. 18).

Explica o autor argentino, ainda, que a privação da condição de pessoa é uma consequência da eleição como inimigo, porém não é sua essência. De maneira geral, aponta que a origem do conceito inimigo remonta do Direito Romano, mais precisamente da figura do *hostis*, o inimigo público, contraposto à figura do *inimicus*, o inimigo particular. A figura do *hostis* possuía ainda dois eixos troncais advindos do direito romano: o *hostis alienígena*, eixo no qual eram incluídos todos os indivíduos que por sua própria natureza “*incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros... como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos”; e o *hostis judicatus*, ou seja, o inimigo declarado, mas não porque assim se declarava, e sim porque era declarado pelo Senado, “núcleo do tronco dos *dissidentes* ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos”. A existência desse último eixo troncal possibilitava ao Senado a retirada da condição de cidadão do indivíduo declarado inimigo de maneira a igualá-lo aos escravos, tornando admissível a imposição de penas que não poderiam ser aplicadas aos cidadãos (ZAFFARONI, 2007, p. 19-22).

A análise das classificações de inimigos trazida pelo Ex-Ministro da Suprema Corte argentina, e atual Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é importante para o entendimento do conceito de inimigo no Direito Penal, não apenas por apontar o marco histórico do surgimento de tal figura, mas principalmente porque permite vislumbrar que a existência do inimigo remonta aos primórdios da sociedade, tendo assumido diferentes formas de acordo com cada época e contexto, e recebendo inúmeras outras denominações, sempre se moldando aos interesses dos detentores do poder punitivo.

O *hostis*, *inimigo*, ou *estranho* nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal. [...] Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal (ZAFFARONI, 2007, p. 24).

A discricionariedade do poder punitivo ao selecionar os inimigos (ainda que tenham recebido outras nomenclaturas ao longo da história) se torna evidente a partir da análise realizada por Zaffaroni em sua obra. Em resumo, se depreende da leitura que “o ser humano

não é concebível fora das relações interativas”, e devido a essa característica, sempre procurou organizar-se em comunidades, criando estruturas de poder. Essa organização das primeiras comunidades ao redor de um centro de poder se deu por meio de uma hierarquização dos indivíduos, setores sociais e instituições.

Assim, o poder punitivo se mostrou, desde sempre, a forma mais básica e eficiente de se hierarquizar uma sociedade, eis que legitima(va) a mais drástica intervenção na vida do ser humano, mediante a imposição de castigos físicos, privação da condição de cidadão, privação da liberdade ou de outros direitos. Uma das características desse poder punitivo é “o *confisco do conflito*, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é *vítima*” (ZAFFARONI, 2007, p. 30), usurpação essa que decorre precisamente da centralização do poder, permitindo também a centralização da tomada de decisões acerca de quais condutas serão consideradas crimes e quais as punições a serem aplicadas, de forma a conter a prática da autotutela, que pela sua própria natureza enfraqueceria o poder punitivo.

Desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão... nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo (ZAFFARONI, 2007, p. 31).

Aliás, Vivian Oliveira analisando a obra de Zaffaroni, demonstra ser possível concluir que, em cada época, existiu um inimigo a ser combatido pelo poder punitivo, selecionado justamente pelos detentores desse poder:

A identificação como estranho, inimigo ou indesejável recaiu sobre os mais diferentes sujeitos ao longo da história do poder punitivo, tais como as mulheres consideradas bruxas, os povos indígenas, os africanos escravizados, os judeus, os sujeitos da ‘má vida’, os comunistas, os imigrantes, os narcotraficantes, os terroristas, etc (OLIVEIRA, 2014, p. 40-41).

A história revela que o grau de periculosidade sempre será determinado por quem tem a capacidade de individualizar as condutas que merecem punição ou os indivíduos que deverão recebê-la, ou seja, o detentor do poder punitivo, por isso assume-se que essa decisão, além de discricionária, é também de caráter político, pois, como argumenta Zaffaroni, todas as vezes que se busca justificar a necessidade de legitimar a existência da figura do inimigo no Direito, parte-se para o campo da teoria política (2007, p. 16), como fez Günther Jakobs quando fundamentou sua teoria a partir dos contratualistas Hobbes e Kant.

A partir do estudo do poder punitivo desde a Revolução Mercantil até o por ele chamado “autoritarismo *cool*” do século XXI, o referido autor chega à conclusão de que a realidade operativa do poder punitivo sempre discriminou os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos, aplicando-lhes tratamentos penais diferenciados (OLIVEIRA, 2014, p. 37).

Jakobs partiu das ideias de Hobbes e Kant, como marcos teóricos de sua pesquisa, para a defesa do seu conceito de inimigo. Isso porque Jakobs parte do modelo de contrato social

defendido por esses filósofos para conceituar a pessoa e a não pessoa. Aponta ele que o inimigo é o indivíduo que não aceita ser obrigado pelo pacto social, aquele cujo comportamento viola diretamente o centro do poder existente em uma sociedade organizada. “Tanto Hobbes quanto Kant, ainda que apresentem importantes diferenças em suas teorias, negam o direito de resistência à opressão, atribuindo o caráter de inimigo aos indivíduos que pretendem exercê-lo” (OLIVEIRA, 2014, p. 23). Afasta-se, contudo, do pensamento dos filósofos Rousseau e Fichte por considerar que, de acordo com eles, todo delinquente – entendido como o violador do contrato social – seria caracterizado como inimigo e teria seu status de cidadão e os direitos provenientes dele tolhidos, e que uma aplicação do Direito coerente com uma separação tão radical entre as figuras do cidadão e inimigo seria impossível (2015, p. 24-25).

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de per si, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, que fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã (JAKOBS, 2015, p. 26-27).

Isto porque, como já mencionado, Hobbes e Kant defendem que a sociedade organizada surge a partir da celebração de um contrato por todos os indivíduos que a integram, no qual são estipuladas normas às quais todos serão submetidos a fim de se alcançar a paz social. Assim sendo, nem todo indivíduo delinquente será considerado inimigo, mas somente aquele que viola gravemente o contrato social, de forma a pelo menos abalar a soberania do Estado.

Segundo Jakobs, Hobbes sustenta que o réu de alta traição é um inimigo porque “a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos” (2015, p. 26), já que, ao resistirem ao poder do soberano, saem do contrato social e tornam-se um estranho (ZAFFARONI, 2007, p. 125), vivendo no estado de natureza, onde não há regras de organização de uma sociedade e vigem as *normas* de guerra.

Ademais, a leitura que Jakobs faz da teoria de Hobbes é a de que ao celebrarem o contrato social, instituindo o Estado, os cidadãos acordam em entregar o poder de decisão ao soberano a fim de que ele governe sobre todos os seus súditos (ZAFFARONI, 2007, p. 125). Havendo um indivíduo que não ofereça a obediência necessária ao poder do soberano, “os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à

segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis oboedientiae est protectio*¹” (JAKOBS, 2015, p. 28).

O jurista alemão também realiza uma análise semelhante da obra “Sobre a paz perpétua” de Kant, porque entende que o inimigo, para esse autor, é o indivíduo que vive no estado de natureza e não aceita se submeter a um “estado comunitário-legal” e assim participar dos benefícios dele provenientes, não devendo, portanto, ser considerado como um cidadão, mas como um inimigo, pois não ratificou o contrato social. Frente à ameaça constante representada pela ausência de regras do estado de natureza do indivíduo, deve-se obrigá-lo a se subjugar ao contrato (denominado, em Kant, de Constituição Civil) ou entrar em guerra.

Aceita-se comumente que uma parte pode hostilizar a outra somente se o primeiro a *lesionou* de fato e considera-se, desta forma, correto quando ambos vivem em um estado *civil-legal*. Pois, pelo fato de ter ingressado neste estado, um proporciona ao outro a segurança necessária (através da autoridade que possui o poder sobre ambos). Contudo, um homem (ou um povo) no Estado Natural priva-me desta segurança e já me está lesionando, ao estar junto a mim neste estado, não, de fato, certamente, mas pela carência de leis de seu estado (*statu iniusto*), que é uma constante ameaça para mim. Eu posso obrigá-lo a entrar em um estado social-legal ou afastar-se do meu lado. Consequentemente, o postulado que subjaz aos artigos seguintes é: todos os homens que exercem entre si influências recíprocas devem pertencer a uma Constituição civil. (KANT, 2006, p. 65).

Vivian Oliveira cita importante crítica de Busato (2014, p. 22-23) quanto à fundamentação da teoria do Direito Penal do inimigo. Segundo o posicionamento do autor citado pela pesquisadora, o contratualismo de Hobbes deve ser interpretado levando-se em conta seu contexto histórico-sociológico, pois é incabível que se pretenda suprimir direitos fundamentais tão reclamados na atualidade com base em um marco teórico do século XVII. Tais direitos fundamentais existem justamente em virtude da natureza humana do indivíduo, revelando seu posicionamento jusnaturalista, não dependendo, pois, de um reconhecimento estatal, como ocorria com os súditos, que deviam obediência irrestrita ao poder do soberano a fim de que seu *status* de cidadão (e consequentemente seus direitos) fosse protegido. No entendimento de Busato (apud OLIVEIRA, 2014, p. 22), Jakobs objetivava, na realidade, “legitimar um verdadeiro direito penal de guerra, que admite a eliminação de indivíduos em nome da manutenção da estabilidade do ordenamento jurídico”.

A vista do conceito de inimigo até aqui exposto, bem como dos fundamentos teóricos e políticos desse conceito, entende-se que, para a teoria de Jakobs (2015, p. 34), nem todo sujeito violador da norma é considerado inimigo, mas somente aquele que a viola reiterada e gravemente, não oferecendo garantia de que se comportará conforme o esperado. Por isso o

¹ “O fim da obediência é a proteção”. Tradução localizada na nota 23 da página 28 da obra “Direito Penal do Inimigo: noções e críticas” de Gunther Jakobs.

autor (JAKOBS, 2015, p. 64), ao defender a necessidade de aplicação de penas que tenham uma finalidade diversa ao inimigo, ressalva que esse Direito Penal deverá limitar-se ao necessário, retirando do indivíduo apenas os direitos e garantias fundamentais que sejam suficientes para a coação diante de sua conduta, pois mantendo-se alguns de seus direitos, não ocorrerá sua completa despersonalização, o que permitirá que o indivíduo se reajuste à sociedade.

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade (JAKOBS, 2015, p. 25).

Para ele, a pena terá duas finalidades diferentes a depender do seu destinatário: cidadão ou inimigo. Assim, frente a um cidadão, a pena não passará de uma interação simbólica com caráter de prevenção geral positiva cuja finalidade será demonstrar que, apesar da violação, a norma continua vigente e válida, prestando segurança necessária às expectativas dos concidadãos. No entanto, como já se disse, diante das violações reiteradas de um indivíduo, diminuirá a disposição em tratá-lo como cidadão, merecendo um tratamento penal mais rigoroso e que terá finalidade de coação física, neutralizando o perigo na intenção de impedir a ocorrência de novos e futuros danos à norma (OLIVEIRA, 2015, p. 16-17). O autor alemão exemplifica a questão ao tratar da finalidade da pena aplicada aos terroristas.

O Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do cidadão e a garantia da vigência do Direito mudam para converter-se em – agora vem o termo anatemizado – Direito Penal do inimigo, em defesa frente a um risco [...] (JAKOBS, 2015, p. 62).

No entanto, o autor não mais se restringe apenas à luta contra o terrorismo. Diz ele que o Direito Penal possui inúmeras outras regras através das quais é possível verificar que se tem passado a uma legislação cada vez mais de “luta” em determinadas situações:

Há muitas outras regras do Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos, nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa. [...] por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de “delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”, assim como, em geral, no que tange aos “crimes”. Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica, (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa (JAKOBS, 2015, p. 34).

Salo de Carvalho (2006, p. 259) aponta que essa expansão do conceito, realizada por Jakobs, ao abranger não mais apenas os grupos terroristas, mas qualquer integrante de uma organização criminosa, na realidade, serve como parâmetro para a expansão “das malhas de

punitividade com a radical ruptura dos sistemas de garantias”, pois permite abranger sob um mesmo rótulo condutas completamente diversas do terrorismo, como o tráfico de drogas.

5.2. Coexistência das duas esferas penais e violações ao estado democrático de direito

Diante das reflexões até o momento apresentadas, para que seja possível proteger o bem jurídico “segurança de todos”, parece ser absolutamente compreensível e aceitável que se trate com maior repressão aqueles indivíduos que mais gravemente ataquem o bem jurídico com seus atos, deixando de revelar a garantia necessária de que se comportarão conforme o conjunto normativo imposto. Dessa forma, reconhecer a existência formal do Direito Penal do inimigo é de suma importância justamente para a individualização dos indivíduos considerados inimigos e a consequente aplicação da lei penal de forma mais rigorosa a eles, punindo não a mera violação da norma, mas a periculosidade oferecida pelo agente.

Isto porque uma das principais características da teoria de Günther Jakobs é precisamente a coexistência de dois sistemas penais, como duas faces de uma mesma moeda, pois existem sob as mesmas condições de tempo e lugar, mas com funções distintas de acordo com seus destinatários.

Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham (JAKOBS, 2015, p. 21).

O jurista alemão admite que a sobreposição desses conceitos, na prática, pode gerar certa confusão, pois os tipos ideais dos sistemas penais dificilmente apareceriam em sua forma pura, claramente estabelecida. Exemplifica o autor que, mesmo no caso do cometimento de crimes de pouca expressão, diante dos quais a pena assumiria um caráter meramente simbólico, sendo, assim, reconhecida a aplicação de um Direito Penal do cidadão, a pena também assume uma função de prevenção de riscos futuros ao punir com o encarceramento o violador da norma, admitindo, portanto, a existência de traços de um Direito Penal do inimigo nessa função. Também na aplicação do Direito Penal a um terrorista, julgado a partir das regras do processo penal, são reconhecidos, ao menos teoricamente, direitos dos quais seriam dignos apenas os cidadãos (JAKOBS, 2015, p. 21).

A partir da análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, é possível prosseguir no estudo sobre a relativização jurisprudencial da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio nos casos de crimes permanentes, dentre os quais se enquadra a prática do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), nas modalidades “guardar” e “ter em

depósito”, geralmente praticados com a manutenção de entorpecentes no interior da residência do agente.

6. Crimes permanentes e a desnecessidade de autorização judicial para o ingresso no domicílio

Nos termos do artigo 14, I, do Código Penal, diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. A partir desse momento, o *iter criminis* encontra-se integralmente percorrido, restando superadas as fases da cogitação, da preparação e da execução, de modo que, após a consumação, somente ocorre a prática de atos classificados como de mero exaurimento da conduta delituosa.

A doutrina penal brasileira classifica os crimes quanto à forma de ação em crimes instantâneos, permanentes e crimes instantâneos com efeitos permanentes. O professor César Bitencourt (2010, p. 253-254) entende que crime instantâneo “é aquele que se esgota com a ocorrência do resultado. Instantâneo não significa praticado imediatamente, mas significa que, uma vez realizados os seus elementos, nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência”. Para ele, “crime permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado e sequestro)”. Quanto aos crimes instantâneos de efeitos permanentes, afirma Bitencourt que “não se confunde com o crime permanente o crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente”.

Apesar da lição doutrinária mencionada, SILVA e LEITE (2014, p. 21) apresentam análise mais apurada sobre o conceito de crime permanente:

Tanto nos crimes instantâneos como nos crimes permanentes há a consumação do delito, exceto na tentativa. Um leitor desatento pode compreender que nos crimes permanentes não existe a consumação, mas há. Então se o crime foi consumado, a ação do agente preencheu os requisitos necessários desde a conduta que iniciou a execução até o seu resultado pretendido. Uma pergunta surge: como essa consumação de protraí no tempo?

Se uma ação inicia a conduta de determinado tipo penal, tendo um nexos causal, gerando um resultado, chegamos à consumação desse tipo. Tal consumação se finda de imediato. É uma ação concreta que acontece com o resultado, realizando-se o resultado ocorre de imediato sua consumação. O conceito que a doutrina penal brasileira trata sobre o prolongamento da consumação pode trazer outras interpretações e dúvidas sobre essa ação, por ser confuso.

O que entendemos aqui é que no crime permanente ocorre uma nova execução do fato típico. Após sua consumação ele volta a exercer uma nova conduta, ligada por um nexos causal, tendo o resultado pretendido dolosamente. Podemos entender como um ciclo da execução da ação, que passa pela conduta, tendo nexos, chegando ao resultado constantemente, de forma dolosa pelo agente. Poderíamos entender que nesse ciclo se confunde o momento do início da conduta da nova execução e o momento da consumação da anterior, tornando-se algo permanente até o momento que não aconteça mais nenhuma execução, como por exemplo, no caso do sequestro, quando a vítima desaparecida é encontrada.

Nesse cenário, a fim de se verificar se a conduta do agente pode ser classificada como crime permanente, deve-se analisar o núcleo verbal do tipo, de modo que, se o verbo expressamente selecionado pelo legislador penal expressar ideia de continuidade no tempo, está-se diante de um crime permanente. Uma das principais consequências decorrentes do enquadramento da conduta típica como crime permanente reside na verificação da situação de flagrância do agente, que permite sua prisão imediata.

Nesse sentido, conceitua o artigo 302, do Código de Processo Penal que, “se considera em flagrante delito, quem está cometendo a infração penal”. Ademais, com o intuito de espantar qualquer dúvida sobre o tema, o legislador definiu no artigo 303, do CPP que, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessara a permanência”. A partir da análise dessas disposições legais, a jurisprudência sedimentou entendimento que os verbos “guardar” e “ter em depósito”, presentes no *caput*, do artigo 33, da Lei de Drogas, classificam-se como crimes permanentes, permitindo, assim, a prisão do agente em situação de flagrante delito (art. 302, I c.c. art. 303, ambos do CPP).

Ocorre que a situação de flagrante delito configura, expressamente, uma ressalva à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, *in verbis*: “Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Por conta disso, o Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento do *Habeas Corpus* nº 404.980/PR (DJe 03/08/17), sob relatoria da Min. Laurita Vaz, reafirmou sua jurisprudência, ao decidir que “alegação de nulidade absoluta por violação de domicílio, não é procedente porque sendo o tráfico ilícito de entorpecentes crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, é prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem no domicílio do acusado, com o intuito de reprimir e fazer cessar a prática delituosa. [...] Desse modo, não há que se falar em ilegalidade na abordagem e apreensão das substâncias entorpecentes encontradas no quarto do paciente, não havendo que se cogitar haver prova ilícita ou em reconhecimento de nulidade”.

Logo, conjugando a expressa relativização constitucional à garantia da inviolabilidade do domicílio com a natureza de crime permanente do tráfico de drogas, a jurisprudência nacional entende ser plenamente válido o ingresso das Autoridades Policiais na residência do agente, quando houver fundados indícios da prática do delito mencionado, independentemente de autorização judicial.

7. REsp 1.574.681/RS – correr não consubstancia presunção de flagrante delito

Diante da expressa autorização constitucional e da posição jurisprudencial acerca das situações cotidianas relacionadas às prisões em flagrante delito pela prática do crime de tráfico de drogas, as Autoridades Policiais atuam com o respaldo do sistema de justiça criminal brasileiro.

No entanto, a relativização da inviolabilidade do domicílio ao lado da seletividade do Direito Penal, que atua de maneira mais enérgica sobre grupos socialmente vulneráveis, e do contexto de Direito Penal do Inimigo, que encara o traficante de drogas como um indivíduo despido de direitos e garantias fundamentais, abriram as portas para situações questionáveis acerca dos limites da atuação estatal.

Deve-se lembrar que, ombreada à garantia da inviolabilidade do domicílio, encontra-se a garantia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), de forma que posturas corriqueiras dos cidadãos, ainda que inoportunas e duvidosas, não podem justificar a atuação das autoridades responsáveis pela segurança pública de maneira desproporcional e violadora dos mais mezinhos direitos fundamentais de todo cidadão, seja ele ou não criminoso.

Ao abordar o contínuo embate entre os direitos fundamentais do indivíduo e a segurança pública, Nucci (2016, p. 71-72) leciona:

Os direitos humanos somente atrapalham a polícia quando esta é despreparada ou desaparelhada; mal paga ou corrupta. A polícia bem treinada, com armas, aparelhos tecnológicos modernos, cultivando o campo da inteligência contra o crime, bem paga e sem corrupção não sofre absolutamente nenhuma influência dos direitos humanos. Ao contrário, são até úteis para a demonstração da lisura dos trabalhos policiais e permitem aquilatar a idônea prova produzida, fazendo a palavra do policial ter um valor inestimável para a instrução do processo-crime.

É natural haver reclamo contra os direitos humanos se a polícia não tem preparo, desconhece as regras básicas do Direito, depende de armas e veículos velhos ou quebrados e não lastreia a sua investigação na inteligência, mas na pura sorte ou na pressão exercida contra os suspeitos. Nesses casos, os direitos individuais atrapalham – e muito – a colheita da identidade do autor, do crime e as provas de sua existência. [...] O que é inadmissível, no Estado Democrático de Direito, é acatar a deliberada infringência dos direitos humanos em nome de uma pretensa segurança pública, aceitando os abusos policiais como se fossem indispensáveis para o sossego e a paz alheia. Esse acatamento pode dar-se por meio da omissão da sociedade (ou do incentivo à violência, como ocorre com os casos de linchamento), bem como pela manifesta indiferença dos poderes de Estado.

Como reação a condutas policiais que ferem o núcleo duro das garantias constitucionais da inviolabilidade do domicílio e da presunção de inocência, subjugando-os ao discurso de combate à criminalidade organizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, a 6ª Turma do STJ, por unanimidade, no REsp 1.574.681/RS, manteve a absolvição de um réu acusado da prática de tráfico, com fundamento no art. 386, II, do CPP, reconhecendo a ilicitude da prova colhida em busca realizada no interior da residência sem mandado.

Transcreve-se a ementa do julgamento por ser autoexplicativa:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem.

3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação." 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda.

7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas.

12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.

13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu na espécie - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 14. Em que pese eventual boafé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (REsp 1574681/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017)

Assim, a partir da análise minuciosa dos fatos em cada caso concreto, é possível que o Poder Judiciário, quando da verificação da regularidade formal da prisão em flagrante delito executada pelas Autoridades Policiais, considere ilegais a detenção e as provas decorrentes da violação do domicílio, por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, nos termos do artigo 5º, LVI, da CF/88.

Com efeito, se o histórico narrado nos autos revelar que as Autoridades Policiais perseguiram e ingressaram no domicílio do agente, em razão de o mesmo ter corrido ao avistar a viatura policial, está-se diante de nítida prisão ilegal, cuja solução aponta para seu imediato relaxamento.

Ora, se havia fundadas suspeitas de que aquele agente praticava o crime de tráfico de drogas, dever-se-ia buscar maiores elementos concretos acerca da atividade ilícita do indivíduo, por meio de campanas ou monitoramento. Caso haja, ainda, informações concretas, há inúmeros instrumentos de investigação revestidos pela reserva de jurisdição, como, por exemplo, a

interceptação telefônica e o próprio mandado de busca domiciliar, que possibilitam a atuação estatal de acordo com os direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos.

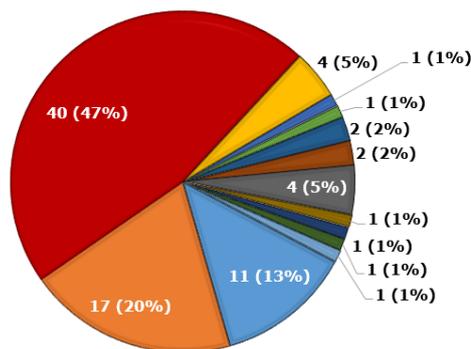
A observância dos meios constitucional e legalmente previstos de investigação respeita os direitos fundamentais dos cidadãos e garante a atuação estatal dentro da estrita legalidade, conforme se espera num verdadeiro Estado Democrático de Direito.

8. Análise dos Autos de Prisão em Flagrante delito e das Audiências de Custódia realizadas perante as Varas Criminas da Comarca de Ourinhos/SP

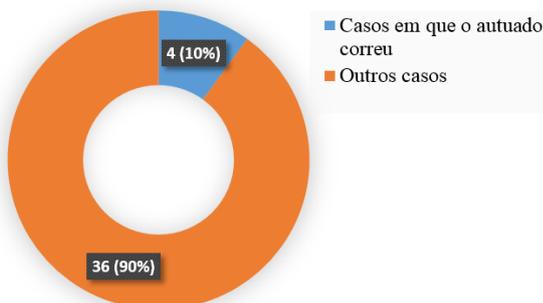
Nesse cenário, empreendeu-se pesquisa de campo perante as Varas Criminais da Comarca de Ourinhos/SP, a fim de se verificar, a partir da análise minuciosa dos Autos de Prisão em Flagrante Delito e das Audiências de Custódia relacionados ao crime de tráfico de drogas, se casos semelhantes àquele do REsp 1.574.681/RS foram apreciados por aqueles Juízos. Em que pese a regra da publicidade dos processos judiciais, foram obtidas autorizações expressas dos respectivos Juízos, para que os dados fossem acessados e analisados para fins científicos.

Assim, foram obtidos os seguintes resultados estatísticos:

88 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA - COMARCA DE OURINHOS/SP - DE 02/05/17 A 11/08/17

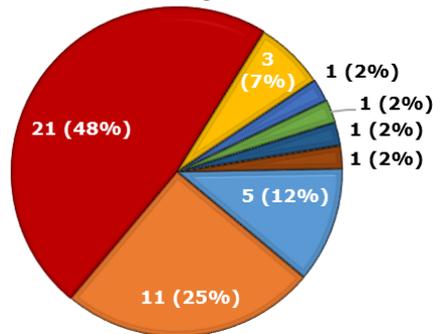


Tráfico de Drogas - 40 Audiências

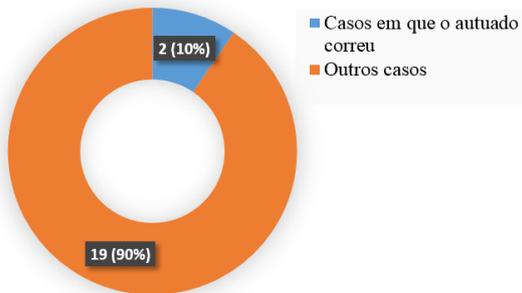


**46 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA - 1ª VARA CRIMINAL -
DE 02/05/17 A 11/08/17**

- Crimes de Trânsito - 5
- Tráfico de Drogas - 21
- Receptação - 1
- Porte de Arma de Fogo - 1
- Furto - 11
- Violência Doméstica - 3
- Desacato e Dano Qualificado - 1
- Posse de Arma de Fogo - 1



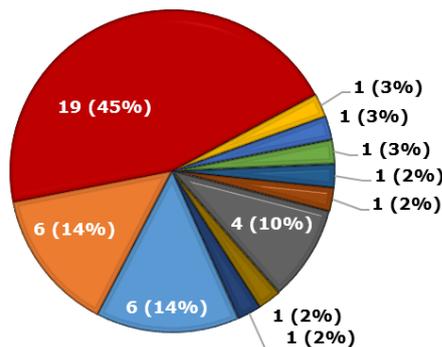
Tráfico de Drogas - 21 Audiências



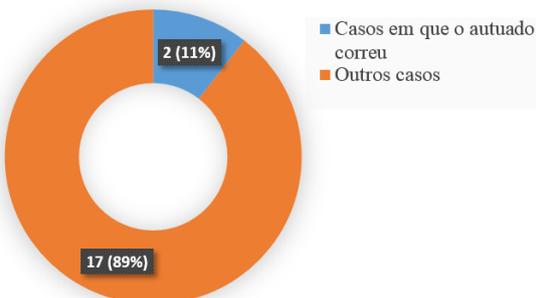
Casos em que o agente correu ao avistar os Policiais e acabou sendo preso, em flagrante, após a localização de drogas no interior de sua residência: 0003211-91.2017. 8.26.0408; 0004378-46.2017. 8.26.0408.

**42 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA - 2ª VARA CRIMINAL -
DE 02/05/17 A 11/08/17**

- Crimes de Trânsito - 6
- Tráfico de Drogas - 19
- Lesão Corporal seguida de morte - 1
- Porte de Arma de Fogo - 1
- Roubo - 4
- Estupro de Vulnerável - 1
- Furto - 6
- Violência Doméstica - 1
- Estelionato - 1
- Posse de Arma de Fogo - 1
- Homicídio - 1



Tráfico de Drogas - 19 Audiências



Casos em que o agente correu ao avistar os Policiais e acabou sendo preso, em flagrante, após a localização de drogas no interior de sua residência: 0003867-48.2017.8.26.0408; 0004454-70.2017.8.26.0408.

9. Resultados alcançados

A partir dos dados obtidos, conclui-se que, em pelo menos 10% (dez) por cento das prisões em flagrante delito analisadas, os agentes policiais, em razão de o indivíduo ter corrido ao avistar a viatura, perseguiram-no, ingressaram em seu domicílio, localizaram entorpecentes e prenderam-no.

Salienta-se que, nas duas Varas Criminais analisadas, a proporção de prisões em flagrante por tráfico mostrou-se muito semelhante (1ª Vara Criminal – 48%; 2ª Vara Criminal – 45%), bem como a proporção de casos em que o agente correu dos policiais militares também se repetiu (1ª Vara Criminal – 10%; 2ª Vara Criminal – 11%). Ademais, em todos os casos analisados, os autuados tiveram suas prisões em flagrante convertidas em prisões preventivas, com a exceção de um caso em que uma mulher, presa na companhia de seu amásio, foi beneficiada com a liberdade provisória, mas voltou a ser presa em flagrante no dia seguinte, também pela prática de tráfico de drogas.

Isso significa dizer que, num juízo de constatação estatístico, a cada 100 (cem) prisões em flagrante delito pelo crime analisado, 10 (dez) teriam ocorrido de maneira ilegal por força da ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, resultando na nulidade das provas obtidas por meio da atuação policial (de acordo com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada – art. 5º, LVI, CF/88) e comprometendo a necessária repressão estatal no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Da mesma forma, verifica-se que a decisão do STJ, no REsp 1.574.681/RS, apresenta-se como importante precedente para a defesa da garantia da inviolabilidade do domicílio do cidadão, anulando a obtenção de provas ilícitas que ensejam a deflagração e eventual condenação de indivíduos pela prática do crime de tráfico de drogas. Revela-se, também, como uma postura de repúdio à aplicação de um Direito Penal do Inimigo, autorizador da identificação e rotulação dos indivíduos a serem perseguidos e punidos pelo poder punitivo estatal, a partir de suas características sociais, tendo em vista o simples fato de correrem da Polícia, serem perseguidos e terem suas casas invadidas sem autorização judicial, pelo fato de morarem em regiões carentes e onde os níveis de criminalidade são mais significativos.

Logo, diante da cifra obtida na investigação empírica empreendida, espera-se que o Ministério Público e o Poder Judiciário brasileiro, a fim de garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros, repudiem a realidade do Direito Penal do Inimigo e adotem medidas coerentes com as determinações constitucionais e legais aplicáveis à espécie, exercendo o necessário controle sobre a atuação estatal, balizando-a de maneira a evitar violações diuturnas e assegurar a manutenção de um verdadeiro Estado de Direito.

Referências

- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Salo de. **A política de guerra às drogas na américa latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente**. Nº 25. 2006. Revista Crítica Jurídica.
- GRECO, Luís. **Sobre o chamado Direito Penal do inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 07. 2005. p. 222-247. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso 03/08/2017.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 118 p.; org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Vivian Von Herwig Fernandes. **A política criminal de guerra ao tráfico de drogas no brasil: o tratamento jurídico do traficante como expressão de direito penal do inimigo**. 2014. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba.
- RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SILVA, Luciano Nascimento; LEITE, Tiago Medeiros. **Crime permanente: análise conceitual no direito brasileiro**. ORBIS: Revista Científica Volume 4, n. 1 ISSN: 2178-4809 Latindex Folio 19391-16. p. 16-29. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/95>. Acesso em 11/08/17.
- VICENTIM, Ellen Venturini. **O tráfico de drogas como mecanismo de personificação do inimigo pelo Direito Penal**. 2017. 67 p. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. Pendente de apresentação.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.