

SILVA, Iony Muniz Lopes da. PONTAROLLI, André Luis. As ilegalidades no combate ao tráfico de drogas: denúncia anônima e busca e apreensão. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XIII, n. 22, jan/jun 2020. ISSN 2175-7119.

AS ILEGALIDADES NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS: DENÚNCIA ANÔNIMA E BUSCA E APREENSÃO

The illegalities of the war against the drugs trafficking: anonymous report and warrants of search and apprehension

Iony Muniz Lopes da Silva¹

André Luis Pontarolli²

Resumo

Este artigo pretende dar destaque às diversas ferramentas de investigação policial que parecem se desligar das Leis e jurisprudências dispostas, assim como da Constituição, de modo que o combate às drogas e ao tráfico funcionaria como justificativa e finalidade próprias para a atuação desmedida das autoridades. Dar-se-á então destaque para as denúncias anônimas que conduzem às prisões em flagrante delito, ainda que exista o posicionamento da doutrina e da jurisprudência do STF quanto à impossibilidade do uso daquelas como fonte para a instauração de investigação preliminar ou inquérito policial, como também permitem a violação de domicílio mediante a inexistência de mandados de busca e apreensão, tendo em vista, inclusive, a ausência de materialidade ou mesmo autoria do delito. Encontra-se, nesse sentido, um ciclo de significação que é vicioso, pois uma ação acaba por fundamentar a outra: temos denúncias anônimas que levam ao flagrante, que, em diversas ocasiões, permitem a violação do domicílio sob o fundamento da classificação do crime de tráfico de drogas como crime permanente. No mais, esse flagrante delito infundado possibilita a abertura de um inquérito policial, cujo única fonte seria a denúncia anônima, a qual também será utilizada na denúncia e na ação penal correspondente, o que será demonstrado através de jurisprudências.

Palavras-chave: tráfico; anonimato; flagrante; mandado

Abstract

¹ Aluna no curso de direito penal e processo penal na pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharela em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: ionymuniz@gmail.com

² Orientador de pesquisa. Mestre em direito pela UNINTER. Professor de Direito Penal e Criminologia (UNIOPET). Professor de Pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). E-mail: andre_pontarolli@hotmail.com

This article pretends to give space to all tools of police investigation that seems to turn off itself from the Laws and jurisprudences laid, as well as the Constitution, so in order to fight at the war against the drugs and the trafficking we find an excuse and goal to the unmeasured acting of the authorities. Here we give the emphasis to the anonymous reports that lead to flagrant arrest, even though there are statements of the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court about the impossibility of the use of anonymous report at the establishment of a police investigation. This allow as well the domicile violation by means of the inexistence of warrants of search and apprehension, bearing in mind the absence of materiality or authorship of the crime. In this way, we find one vicious cycle of signification, because one action can determinate another: there are anonymous reports that leads to flagrant, that, in several occasions, allow the domicile violation on the argument that classifies the drug trafficking as a permanent crime. This unfounded flagrant allows the openness of a police investigation, whose only resource is the anonymous report, that will be used at the criminal persecution, which will also be demonstrated through the jurisprudences.

Keywords: trafficking; anonymity; flagrant; warrants

1 Introdução

A grande pergunta a ser respondida neste artigo permeia a possibilidade da denúncia anônima, no crime de tráfico de drogas, servir como fundamento para a realização da prisão em flagrante, bem como para a violação de direitos fundamentais como a privacidade e o domicílio, diante da ausência de mandado de busca e apreensão.

Em outras palavras, questiona-se se a simples denúncia anônima, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que permitiriam a entrada no domicílio de uma pessoa, a invasão de sua privacidade, sob o argumento da existência de informações, as quais seriam concedidas por meio de denúncia anônima e da classificação do respectivo crime como permanente.

Destarte, o presente artigo também buscará entender se esta denúncia anônima pode ensejar a abertura de procedimento investigatório pela autoridade policial. Isto porque, em sendo reconhecida a falha na prisão que ensejou a investigação policial, é preciso saber se a correlacionada teria o condão de dar início

ao tramite persecutório. Tal análise será feita sob a luz da doutrina e da jurisprudência, não só do STF e do STJ, como já elucidado, assim como nas suas aplicações nos Tribunais Regionais.

2 Denúncia anônima e a prisão em flagrante

De acordo com Gustavo Henrique Badaró³, a denúncia anônima não teria peso jurídico, de modo que então seria impossível instaurar um inquérito policial com base apenas em um ato sem eficácia jurídica. Claro, isso não significa dizer que a ela não possa ser atribuído um valor, mas se este existe, trata-se de um valormeramente investigativo.

Aqui, para entender o tema, a palavra investigação é fundamental, pois nas informações concedidas, a polícia poderia dar início aos levantamentos quanto aos fatos delatados, que, por sua vez, conferiria materialidade suficiente para a abertura de um inquérito⁴.

Em consequência disto, de acordo com Badaró, somente com o recolhimento de elementos considerados mínimos, ou mediante a comprovação das informações destacadas na denúncia anônima, será possível instaurar aquele, com a respectiva portaria da autoridade policial. Mas, dá-se destaque a visão do citado autor, já que para este a denúncia em si poderia servir para efetuar o auto de prisão em flagrante, o que é questionado no presente trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Habeas Corpus, partindo do mesmo fundamento, reconheceu que não seria nulo o inquérito policial instaurado por

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136 - 137, 2019.

⁴ A partir da cláusula constitucional da vedação do anonimato (art. 5º, IV, in fine), a Suprema Corte teve oportunidade de ressaltar a impossibilidade de instauração de persecução criminal – leia-se, inquérito policial ou procedimento investigatório – com base unicamente em notícia criminis apócrifa, salvo quando o documento em questão tiver sido produzido pelo acusado (segundo a acusação), ou constituir o próprio corpo de delito. É o que se vê na Questão de Ordem suscitada no curso do Inq. nº 1.957/PR, sendo Relator o Min. Carlos Velloso, com substancial declaração de voto do eminente Min. Celso de Mello – Informativo STF nº 387.

meio de prisão em flagrante, ainda que esta tenha como fonte uma denúncia anônima⁵.

Não obstante, o questionamento proposto neste artigo é fruto da lógica: se um inquérito não pode ser instaurado com base apenas na denúncia anônima, como poderia então ser decretada a prisão em flagrante sem o mínimo de materialidade e comprovação de informações? No mais, como seria válido o inquérito instaurado posteriormente à prisão em flagrante se o vício está na origem do ato?

Nos casos de tráfico de drogas é perceptível que a prisão em flagrante funciona quase como uma regra a ser seguida pela autoridade policial. Mas quando se trata de alguém que guarda em depósito a droga, ainda que não exponha à venda, ou seja encontrada numa situação duvidosa para os parâmetros persecutórios policiais, ainda assim poderá ser presa em flagrante delito, pois o que vale aqui é a classificação do crime enquanto permanente.

Vê-se que a prisão em flagrante, nos casos de tráfico de drogas em que se têm como inexistente o mandado de busca e apreensão, tomando-se como fonte de legalidade do ato jurídico apenas a denúncia anônima, leva a uma clara violação dos direitos do domicílio, da privacidade e intimidade, que, em tese, são invioláveis, exceto quando há autorização judicial.

Partindo-se então de uma lógica associativa, percebe-se que não pode ser realizada a interceptação telefônica ou de dados, também meio de produção de prova, sem prévia autorização judicial, devendo caber nas hipóteses estritamente previstas na legislação, pois, neste caso, também ocorreria uma transposição do direito à privacidade do investigado e ao sigilo de comunicação.

Assim, a doutrina e a jurisprudência entendem que não é possível, com base apenas em informações concedidas a partir do anonimato, requerer a interceptação telefônica, quanto mais realizá-la de ofício pela autoridade policial.

⁵ “Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima” (HC 90.178, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe 26.3.2010).

Este foi o entendimento da quinta turma, no julgamento do HC 190.334/SP⁶, e da sexta turma, no HC 137.349/SP⁷, do Superior Tribunal de Justiça. Nestes a corte julgou que apenas o anonimato não serve para instaurar o inquérito policial e decretar a interceptação de comunicação telefônica.

Deve-se entender que não é apenas pela utilidade de um meio de investigação que ele deverá ser usado de maneira irrestrita para dar fundamento a uma investigação criminal. Entendem Eugenio Pacelli de Oliveira e Matheus Oliveira de Carvalho⁸ que a exigência de autorização judicial consiste apenas no primeiro passo para estabelecer a respectiva medida. Esta não é uma medida arbitrária, muito pelo contrário, prescinde de fundamentação judicial para que seja decretada, assim como um mandado de busca e apreensão – objeto do próximo tópico.

Como vemos uma discussão acerca de direitos fundamentais, seja a intimidade ou a privacidade, deve existir um juízo de “prévia ponderação” a respeito de interesses que foram previstos pelo legislador e constituinte, sendo que tais interesses devem ser sobrepostos pela absoluta excepcionalidade. Esse é o entendimento das cortes superiores, com destaque para a Corte Suprema no julgamento do HC 108.147/PA⁹.

Mesmo quando a polícia realiza essas operações e se vale de interceptação, há uma investigação prévia, até porque a legislação é taxativa que a “interceptação é subsidiária; ela é acionada após ter-se verificado que havia indícios e que não poderiam colher provas por outros meios. E se chega a isso, que é previsto como garantia do cidadão.

Este também foi o mesmo posicionamento adotado no Supremo Tribunal Federal. No caso, o relator Ministro Dias Toffoli, seguindo o precedente do HC nº 84.827/TO¹⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, entende pela vedação da

⁶BRASIL, STJ. Habeas Corpus [HC 190.334/SP]. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21119391/habeas-corpus-hc-190334-sp-2010-0209758-8-stj/inteiro-teor-21119392>. Acesso em 08.07.2020.

⁷BRASIL, STJ. Habeas Corpus [HC 137.349/SP]. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079124/emargos-de-declaracao-nos-emargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-nos-edcl-no-hc-159159-sp-2010-0004039-3-stj/relatorio-e-voto-21079126?ref=serp>. Acesso em 08.07.2020.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CARVALHO, Matheus Oliveira de. A interceptação telefônica na jurisprudência brasileira e no direito comparado: direito penal e processual penal contemporâneos. Grupo Gen, São Paulo, p.135-150, 2019.

⁹BRASIL, STF. Habeas Corpus [HC 108.147]. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320469>. Acesso em 09.07.2020

¹⁰BRASIL, STF. Habeas Corpus [HC 84.827/TO]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087038/habeas-corpus-hc-95244-pe?ref=serp>. Acesso em 08.07.2020.

persecução penal baseada, de maneira exclusiva, em denúncia anônima. Ainda, firmou-se o precedente de que a autoridade policial, ao se deparar com uma denúncia anônima, deve proceder à realização de diligências, a fim de verificar se os fatos narrados, por meio do anonimato, são verdadeiros¹¹.

Assim, mesmo que não trate especificamente do caso de tráfico, objeto de análise, é tangível perceber a semelhança entre as situações dispostas, ou seja, entre a prisão em flagrante, sem o mandado de busca e apreensão, e a quebra de sigilo telefônico. Importante destacar aqui que Badaró¹² também enxerga a impossibilidade de requerer o mandado de busca e apreensão nos casos baseados apenas em denúncia anônima.

Demonstra a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que, quando se trata de flagrante realizado na residência de uma pessoa, este não pode ocorrer sem respaldo legal, afinal tal forma de proceder afronta os direitos fundamentais como o domicílio e a privacidade. A prova obtida seria ilícita, devido, justamente, a violação de garantias constitucionais. Somente a certeza da prática do ilícito poderia autorizar a exceção ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Assim, a ilicitude trazida a julgamento pode conduzir à absolvição do réu, mediante a ausência de provas que confirmem o fato em si. O flagrante que autorizaria a entrada da autoridade no domicílio seria apenas aquele baseado na certeza e na constatação, seja por meio de gritos, seja por meio de relatos da prática do ilícito naquele exato momento por parte dos indivíduos que habitam o local¹³. Isso se explica, pois a ilegalidade se encontra no nervo central da persecução criminal: o inquérito policial, instaurado através de prática contrária ao entendimento do ordenamento jurídico.

No caso do tráfico de drogas, ou a autoridade policial tem conhecimento do fato no momento, o que já serve para o flagrante conforme a disposição do artigo 302 e

¹¹BRASIL, STF. Habeas Corpus. [HC 95.244/PE]. Relator o Ministro Dias Toffoli, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=HC+95.244>. Acesso em 08.07.2020.

¹²BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136 - 137, 2019.

¹³BRASIL. TJ/RS. Recurso de Apelação. [Apelação Crime nº 70058372228]. Relator: Diogenes Hassan Ribeiro. Acesso em: 08.07.2020

seguintes do Código de Processo Penal, ou passa por consideráveis circunstâncias que podem levar ao flagrante¹⁴.

Ainda, de acordo com Aury Lopes Jr.¹⁵, mesmo em crimes permanentes, a flagrância apresenta algumas exceções processuais e procedimentais. Ela não poderia ser anterior à violação de direitos. De outra forma, a materialidade do delito deve servir de fundamento para o flagrante no caso de crimes permanentes e não imaginada. Não bastaria que a autoridade policial afirmasse ter recebido uma denúncia anônima, sem indicar quem avisou, ou fornecer o número de telefone, informando a existência de drogas na casa “x “. O mesmo é válido para aqueles casos em que acreditaram existir droga na residência porque era um traficante conhecido, menos ainda pelo comportamento do agente, porque aí se teria um direito penal do autor. Diria o autor processualista: “É preciso que o flagrante esteja visualizado ex ante. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional, por violação do domicílio do agente, quando movida pelo imaginário, mesmo confirmado posteriormente”.

A questão é de que, a partir de uma simples denúncia anônima, não pode ser dado respaldo suficiente para a prisão, ainda que esse não seja o entendimento majoritário. De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento de Recurso de Apelação, não haveria dúvida quanto a legalidade das diligências deflagradas, no contexto de tráfico, por meio de denúncia anônima, tendo esta sido comprovada por meio da prisão flagrante delito dos réus, sem qualquer violação a direitos constitucionais. Inclusive, a palavra dos policiais, neste caso, serviria como fundamento suficiente para a condenação, pois esta tem valor probatório indubitável. E esse posicionamento se repete em vários julgamentos de diferentes tribunais no Brasil.

Mas, dentro deste cenário, defende-se que ou se deve buscar a abertura de investigações com a finalidade de obter a materialidade do fato para o flagrante de um crime permanente¹⁶, a partir de denúncia anônima, vindo surgir a figura do potencial

¹⁴ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 22ª.ed. São Paulo, editora atlas, p. 424-444, 2018.

¹⁵ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 13ª. Ed. São Paulo, editora saraiva, p. 280, 2016.

¹⁶ A doutrina entende que o crime de tráfico, no que toca aos verbos expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar. Isso serve para os casos em que as pessoas guardam ou armazenam drogas em casa. *In*: Da Silva, César Dario Mariano. Lei de drogas comentada. 4ª. Ed. São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

flagrante, ou se obtém o mandado de busca e apreensão, o qual também deveria depender da primeira situação citada – a materialidade do fato. Por outro lado, se nada disso se realiza, o que se vê é a grave violação dos direitos fundamentais do domicílio e da privacidade.

3 Mandados de busca e apreensão

Na visão do Supremo Tribunal Federal e do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616¹⁷, verifica-se a impossibilidade de a autoridade policial violar o direito domiciliar dos indivíduos e sua privacidade em busca de drogas.

O que de fato ocorre, é que o domicílio não é inviolável, mas, nesses casos de prisão em flagrante sem mandado de busca e apreensão, tudo depende da existência de requisitos – fundamentos – a serem analisados posteriormente pelo magistrado, conforme o artigo 240, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

A obtenção do mandado de busca e apreensão está longe de ser uma medida arbitrária. Ela depende do preenchimento de certos requisitos, principalmente, por se tratar de forma de obtenção de prova que viola direitos constitucionais. Deverias assim existir: a) provocação da autoridade competente – nessa situação, a autoridade policial; b) o conhecimento considerado suficiente dos fatos submetidos à investigação; c) associação entre os requisitos para o pedido da emissão de mandado e as pretensões investigativas.

¹⁷BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 603.616]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/267798156/recurso-extraordinario-n-603616?ref=serp-featured> . Acesso em 08.07.2020.

A fundamentação para decretar a medida é o rigor exigido de um ato jurisdicional, restando baseada em critérios legais que justifiquem a respectiva, pois tratamos de violações.

Assim, a mera suspeita da realização de atividade ilícitas não configuraria elemento fundamental para o ingresso da autoridade policial em domicílio privado, dependendo ainda do mandado de busca e apreensão. Com isso, cai por terra a teoria usual que fundamenta a violação de domicílio unicamente na classificação do tráfico de drogas como crime permanente.

A permanência não é requisito único para a transposição de garantias. Assim, de acordo com o voto procedente, somente o caso concreto – cada caso – poderá revelar se houve ou não a tomada de decisão correta ao ingressar sem autorização judicial.

O que se pretende observar aqui é se havia ou não justa causa para a entrada em domicílio. O relator então partiu para o entendimento de casos em que este último requisito estaria ausente, citando-se como exemplo a chamada “denúncia anônima”. Cabe ressaltar que pouco importa a finalidade do ato: a apreensão de drogas. Relevante se faz o respeito às garantias individuais¹⁸.

Tal precedente abriria, até mesmo, espaço para o exercício da ampla defesa, pois caberia a defesa impugnar a ilegalidade da realização da ação policial. A tese suscitada pelo Ministro foi aprovada com algumas adições: seria lícita a entrada em domicílio sem mandado, ainda que à noite, quando fundamentada posteriormente, havendo a indicação da situação de flagrante delito, sob pena de atribuição de responsabilidade à autoridade mandante, seja no ambiente cível ou penal. Vê-se que, com a análise do julgado, que, na situação da ausência de mandado, deve ser apresentado posteriormente o preenchimento de todos os requisitos.

Primeiro, é imperioso destacar que o julgamento do Supremo Tribunal Federal se deu no contexto de invasões aos domicílios dos moradores do complexo do

¹⁸ROSA, Alexandre Morais da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Alemão em 2014, isso sob a ação das Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs). Essa foi a discussão levada à Corte, a qual publicou o acórdão em 10 de maio de 2016. Em segundo lugar, da análise do voto condutor do julgamento, pode-se perceber que a lógica importada pelo Ministro Gilmar Mendes trouxe inovação ao tema trabalhado neste artigo, principalmente, no que toca a relação entre denúncias anônimas, prisão em flagrante e invasão de domicílio, mas com a publicação final da tese, acompanha-se a abertura para que se possa dar continuidade às duvidosas condutas policiais, que procuram atuar no combate ao tráfico de drogas.

Tem-se essa visão porque o Supremo não deixou bem às claras a ideia do flagrante, sem o mandado de busca e apreensão, que necessita de fundamentação posterior, sob pena de responsabilização do agente público, bem como a verificação de requisitos *a priori* que possibilitariam a autorização judicial. Além de não ser específico, é possível encontrar o problema da executividade do disposto, visto que já encontramos uma polícia judiciária atolada, alinhada a um judiciário também afogado, a prática se visualiza como impossível. No mais, pode-se verificar que os Tribunais não aplicam a tese e o fazem sob o argumento do “fundadas razões”, isso quando não aplicam a tese do crime permanente.

De fato, torna-se relevante destacar aqui o papel do Ministério Público enquanto órgão responsável pela persecução criminal e fiscal da lei, bem como da Constituição, um verdadeiro instrumento de transformação do paradigma existente.

Assim, se o tráfico não for enxergado como um fim em si mesmo, de modo que a relevância atribuída aos atos jurídicos, não sejam apenas a apreensão da droga, poderíamos acompanhar o crescimento de uma nova mentalidade, alinhada a íntegra da tese de 2016 do Supremo Tribunal Federal, da qual, atualmente, procuram retirar apenas o que é interessante à persecução.

4 Mandado de busca e apreensão genéricos

Um outro exemplo dessa prática desmedida estaria nos chamados mandados de busca e apreensão coletivo/genéricos. No contexto da chegada de eventos esportivos em 2014, a União acabou por requisitar o apoio das forças armadas no combate ao tráfico de drogas, usando como fundamento o artigo 142 da Constituição Federal. A operação tinha o escopo de manter a ordem e a paz pública inerentes ao combate ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro, principalmente, nas diversas comunidades cariocas.

Para atingir este fim, foi requerida a expedição de um mandado de busca e apreensão coletivo, que autorizasse a entrada das forças armadas nos domicílios de moradores do complexo da Maré. Segundo André Pontarolli¹⁹: “um único mandado de busca e apreensão, genérico e sem fundamentação individualizada, conferia (...) a permissão de adentrar na moradia de aproximadamente trinta mil moradores”.

Como se observou, os mandados de busca e apreensão são requisitos para adentrar na casa de um indivíduo, essa deve ser a fundamentação. Mas este mandado, além de existir, deve também ser individualizado, ou seja, específico com relação ao fato, ao sujeito e ao endereço. O que se viu, na verdade, foi uma manobra invasiva com a única finalidade de combater o tráfico, dentro de uma lógica utilitarista empregada de maneira equivocada.

Houve uma substituição da ordem jurídica vigente, a qual trabalha com a segurança e garantia de direitos, a fim de tratar de problemas políticos. Foi uma abertura à atuação discricionária das forças policiais, que, no cotidiano, já agem dessa maneira, só que nesse contexto tinham um respaldo legal e normativo. Mas basta ter uma norma autorizando uma conduta, ainda que siga todos os parâmetros procedimentais para a sua instauração? Ou o conteúdo, substância da norma também é relevante?

5 Um sistema garantista

¹⁹PONTAROLLI, André Luis; SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos. O Estado de exceção, o tráfico de drogas e o terrorismo. Breve análise do estado de exceção de Giorgio Agamben e sua relação com algumas medidas propostas pelo paradigma governamental contemporâneo. La casa del abogado, p. 27-37, 2018.

Ao se tratar de um sistema garantista, relevante dar ênfase ao trabalho de Luigi Ferrajoli²⁰. O jurista constrói sua teoria com base na tradição do iluminismo e do liberalismo, fazendo uso ainda das concepções contratualistas e utilitaristas do direito e da pena. A finalidade buscada pelo autor italiano reside no abandono de práticas autoritárias de Estado, sendo estas antigarantistas, ou seja, contrárias a sua visão de como se organizar um Estado de Direito: *“o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”*.

Segundo Ferrajoli, um Estado de Direito é aquele que protege seus cidadãos, conferindo liberdade ao indivíduo diante de todas as formas de poder que se mostrem arbitrárias. Existe uma preocupação com o aspecto formal e substancial desse direito que fomenta a construção dessa nova organização política. Somente a forma não garante a validade do direito, mas também o seu conteúdo. Traduzindo-se: uma norma proibitiva não tem validade por apenas ser uma norma, dependendo então do fundamento que permitiu sua criação. Claro, a forma também deve ser camuflada pela legitimidade, mas esta é atribuída por um longo procedimento anterior àquela, estando previsto no próprio ordenamento jurídico.

Mas a forma só ganha pura legitimidade e validade quando alinhada aos direitos fundamentais, ou seja, o seu conteúdo, sua materialidade. Este seria o cenário ideal para “garantir” o máximo de direitos aos indivíduos. A palavra liberdade usada anteriormente traz em si o significado de relações mediadas por garantias, de modo que existe um limite – talvez restrição - para o uso de poder pelo Estado, nesse caso, do poder punitivo. Vale dizer que a materialidade seria adquirida por meio da experiência vivida em sociedade, com mudanças ao longo do tempo, não restando dotados de ontologia.

De um ponto de vista interpretativo, pode-se considerar que a inovação trazida por Luigi Ferrajoli está na comunicação entre norma e sociedade. Não basta apenas aquela existir, o corpo social precisa a reconhecer numa lógica de diálogo com direitos fundamentais. Aplicando-a ao processo penal, seria possível verificar que uma norma proibitiva somente ganha seu sentido se incorporada no ambiente social. Uma vez

²⁰FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, P. 30 – 174, 2002.

incorporada é reconhecida, e assim sendo não pode ser alterada ao bel prazer do Estado. Uma mudança entre aquilo que é lícito ou ilícito apenas embaralha o que já foi subsumido pelo corpo social²¹.

Assim, se existe uma norma que garante a inviolabilidade do domicílio e da privacidade, não poderia, em uma conduta posterior, a autoridade policial, representante do Estado, quebrar a expectativa do cidadão, trata-se de um momento de insegurança em que a ordem jurídica é colocada em suspenso, tornando tudo possível. Mas se o paradigma de um Estado de Direito é a segurança jurídica, por meio da substância e materialidade da norma, não pode haver espaço para arbitrariedade e indecisões, sob pena de serem violados direitos, como é o caso relatado em linhas anteriores.

6 Considerações Finais

A denúncia anônima, no crime de tráfico de drogas, tem sido usada para fundamentar a prisão em flagrante, que, por sua vez, é usada como elemento indicador para a abertura do inquérito policial.

Foi possível constatar, outrossim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende pela impossibilidade de abrir inquérito com base apenas no anonimato, de modo que, dentro de uma sequência lógica, também tornaria ilegal a prisão em flagrante nesses casos, ou qualquer investigação e denúncia que dela derive.

Nesse ponto, um flagrante que se estabeleça sem a devida autorização judicial funciona como mecanismo de violação do domicílio e da privacidade, que são garantias constitucionais.

Da mesma forma que se entende que a interceptação telefônica não é possível com a mera denúncia anônima, não se pode interpretar pela legalidade da prisão em flagrante sem autorização judicial. Tal impossibilidade decorre de interpretação lógica.

²¹ TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 2ª. Ed. São Paulo, Tirantoblanch, p. 98-116, 2020.

Cabe às instituições, como o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, zelar pela ordem constitucional.

7 Referências

BRASIL, STJ. Habeas Corpus [HC 190.334/SP]. Relator: Ministro Napoleao Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21119391/habeas-corpus-hc-190334-sp-2010-0209758-8-stj/inteiro-teor-21119392> . Acesso em 08.07.2020.

BRASIL, STJ. Habeas Corpus [HC 137.349/SP]. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079124/embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-nos-edcl-no-hc-159159-sp-2010-0004039-3-stj/relatorio-e-voto-21079126?ref=serp> . Acesso em 08.07.2020.

BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 603.616]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/267798156/recurso-extraordinario-n-603616?ref=serp-featured> . Acesso em 08.07.2020.

BRASIL, STF. Habeas Corpus [HC 84.827/TO]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087038/habeas-corpus-hc-95244-pe?ref=serp> . Acesso em 08.07.2020.

BRASIL, STF. Habeas Corpus. [HC 95.244/PE]. Relator o Ministro Dias Toffoli, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=HC+95.244> . Acesso em 08.07.2020.

BRASIL, STF. Habeas Corpus [HC 108.147]. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320469> . Acesso em 09.07.2020.

BRASIL. TJ/RS. Recurso de Apelação. [Apelação Crime nº 70058372228]. Relator: Diogenes Hassan Ribeiro. Acesso em: 08.07.2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136 - 137, 2019.

DA SILVA, César Dario Mariano. Lei de drogas comentada. 4ª. Ed. São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

FERAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, P. 30 – 174, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CARVALHO, Matheus Oliveira de. A interceptação telefônica na jurisprudência brasileira e no direito comparado: direito penal e processual penal contemporâneos. Grupo Gen, São Paulo, p.135-150, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 22ª.ed. São Paulo, editora atlas, p. 424-444, 2018.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 13ª. Ed. São Paulo, editora saraiva, p. 280, 2016.

PONTAROLLI, André Luis; SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos. O Estado de exceção, o tráfico de drogas e o terrorismo. Breve análise do estado de exceção de Giorgio Agamben e sua relação com algumas medidas propostas pelo paradigma governamental contemporâneo. La casa del abogado, p. 27-37, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 2ª. Ed. São Paulo, Tirantol Blanch, p. 98-116, 2020.